

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les garanties autonomes

Poullet, Yves

Published in:

L'actualité des garanties à première demande = Actualia inzake garanties op eerste verzoek

Publication date:

1997

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1997, Les garanties autonomes: les exceptions au devoir de paiement. Dans *L'actualité des garanties à première demande = Actualia inzake garanties op eerste verzoek*. Académia Bruylant, Bruxelles, p. 125-169.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LES GARANTIES AUTONOMES : LES EXCEPTIONS AU DEVOIR DE PAIEMENT (*)

PAR

Yves POULLET

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DES F.U.N.D.P.

(*) L'étude en la matière n'entend pas être un relevé complet de la jurisprudence et de la doctrine. Elle s'appuie en particulier sur la jurisprudence récente renvoyant le lecteur à des chroniques antérieures à propos de la jurisprudence plus ancienne. Ainsi celle de M.M. L. SIMONT et A. BRUYNEEL, « Chronique de droit bancaire privé. Les opérations de banque : garanties indépendantes (1979-1988) », *Rev. Banque*, 1989, pp. 519 et s. ; celle publiée par l'auteur. La jurisprudence récente en matière de garantie bancaire dans les contrats internationaux, B.B. e Tit. di Cred., 1982, II, p. 397 (reprenant les décisions luxembourgeoises, hollandaises, belges, françaises, russes, allemandes, italiennes et américaines) et l'important travail de droit comparé publié par F. LOGOZ, *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire, étude comparative du droit allemand, français, belge et suisse*, Lausanne, Cl. Morellon, 1991.

INTRODUCTION

1. — *Le dogme de l'autonomie de la garantie*

Parler d'exceptions au devoir de paiement, c'est heurter de front le sacro-saint principe de l'autonomie de la garantie qu'entendent consacrer tant les textes même des garanties émises par les banques que les écrits doctrinaux.

Une simple lecture de ces textes ou écrits témoigne à suffisance par l'abondance de synonymes utilisés de cette volonté de consacrer ce qui est considéré comme l'originalité même de cette institution.

Ainsi, on note le libellé de la garantie émise par la Générale de Banque dans l'affaire verviétoise reprise en annexe du présent ouvrage : « *Par la présente la Banque garantit ledit paiement, de manière **abstraite** et donc **autonome** et **indépendante**... La Banque s'oblige ainsi **expressément** et **irrévocablement** à libérer **immédiatement** et à **première demande** (et dès lors de **manière inconditionnelle** et **sans qu'il y ait lieu de justifier cette demande**) le montant sollicité... La seule formalité consiste en l'envoi de la demande par lettre recommandée* » (1).

De façon parallèle, se comprennent les assertions doctrinales. Cl. Martin et M. Delierneux affirment : « *La garantie à première demande est un engagement personnel et irrévocable, **autonome et abstrait, littéral et formel, inconditionnel**, intuitu personae, de caractère bancaire et portant sur le paiement d'une somme d'argent... L'engagement du garant est indépendant, d'une part, de l'évolution que peuvent connaître ses relations avec le donneur d'ordre et, d'autre part, des relations existant entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire de la garantie* » (2).

(1) Prés. trib. Verviers (réf.), 8 février 1996. S. A. E.E.F. c./Générale de Banque, inédit.

Notons que le libellé de la garantie particulièrement strict n'empêchera pas une longue discussion par le président du tribunal du bien-fondé de l'appel à la garantie (cfr sur cette contradiction, les excellentes remarques proposées par C. HOUSSA, « L'intervention des juges et des arbitres dans l'exécution des garanties », *infra*, p. 197).

(2) Cl. MARTIN et M. DELIERNEUX, « Les garanties bancaires autonomes », *R.P.D.B.*, 1990, Compl. T. VII, n° 22, p. 562.

Henri Van Lier (3) écrit : « ... la garantie dite à première demande ou encore inconditionnelle se caractérise par une autonomie des liens de droit unissant le garant au bénéficiaire. Cette indépendance des relations explique que le garant puisse être tenu en des termes différents que ceux qui lient le premier obligé (le donneur d'ordre) à son cocontractant. Ce détachement est partant sensible en ce qui concerne la durée ou encore le montant susceptible d'être exigé par le bénéficiaire. Une autre caractéristique fondamentale de la garantie due précisément à l'abstraction des dispositions qu'elle engendre, est **l'inopposabilité des exceptions**. Le garant est obligé de s'exécuter à première demande du bénéficiaire, sans que celui-ci ait à prouver l'étendue ou même l'existence d'une inexécution contractuelle de la part du contractant et sans que le garant ne puisse soulever des exceptions tirées de ses relations avec le premier obligé (le donneur d'ordre) ou des rapports entre ce dernier et le bénéficiaire... ».

Enfin, Gavalda et Stoufflet (4) concluent : « Ce terme (engagement abstrait) traduit la double autonomie de l'engagement du garant tel qu'il est défini par les formules contractuelles en usage. D'une part, **cet engagement ne dépend pas, quant à son existence, sa validité, son exécution des rapports de droit liant le donneur d'ordre et le bénéficiaire**. Le garant ne peut opposer au bénéficiaire les exceptions tirées du contrat de base. D'autre part, l'obligation du garant est indépendante des rapports existant entre lui-même et le donneur d'ordre — ou l'intermédiaire qui a transmis la demande d'émission de la garantie. Le défaut de constitution des sûretés que le donneur d'ordre s'était obligé à fournir au garant, le non-paiement des commissions, l'insolvabilité du donneur d'ordre et **à plus forte raison des instructions de révocation émanant du donneur d'ordre, ne justifient pas le retrait de la garantie ou le refus de l'exécuter** ».

(3) H. VAN LIER, « Les garanties dites à première demande ou abstraites », *J.T.*, 1980, p. 352.

(4) G. GAVALDA et J. STOUFFLET, « La lettre de garantie internationale », *R.T.D.civ.*, 1980, pp. 1 et s.

2. — *La multiplication des recours :*
une remise en cause de l'autonomie de la garantie ?

« L'abondance de la jurisprudence en matière de garantie autonome ne faiblit pas. On relèvera en particulier le nombre des arrêts rendus par la Chambre commerciale de la Cour de cassation (française), soit une dizaine » écrivait M. Vasseur en exergue de ses sommaires commentés » ; des décisions jurisprudentielles de l'année 1990 (5). Depuis, la tendance ne faiblit pas (6) et ce mouvement jurisprudentiel semble également s'intensifier dans les pays voisins (7).

Les arguments avancés à l'appui de la contestation du paiement d'une garantie bancaire autonome sont invariablement les mêmes ;

- Le premier consiste à remettre en cause la qualification de l'engagement bancaire et de substituer à la qualification de garantie, celle de cautionnement. Une telle substitution permet alors au donneur d'ordre d'invoquer à l'encontre du paiement l'ensemble des exceptions tirées du contrat de base selon la logique d'une sûreté personnelle accessoire.

Ce premier argument et ses limites ont été développés par Mr Simont (8). Notre exposé n'en traitera pas.

- Le deuxième se fonde sur l'absence de documents adéquats lors de la présentation de la demande de paiement. Elle s'appuie sur le caractère formel de l'engagement bancaire ;
- le troisième, le plus fréquent, invoque la fraude et (ou) (9) l'abus de droit du bénéficiaire de la garantie ;
- le quatrième concerne l'illicéité ou la contrariété aux bonnes mœurs de l'opération de garantie. La jurisprudence inédite récente reprise en annexe de l'ouvrage prouve la dimension nouvelle de cet argument dans un contexte purement national. Le paiement de la garantie est-il susceptible de contestation lorsque l'opération de base souffre

(5) M. VASSEUR, « Garantie indépendante », *D.*, 1991, Somm., p. 191.

(6) La rubrique annuelle que Mr VASSEUR a dédiée à la garantie indépendante en atteste.

(7) A cet égard, le lecteur se référera en particulier à la thèse de F. LOGOZ, *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire, étude comparative du droit allemand, français, belge et suisse*, Lausanne, Morellon et fils, 1991.

(8) Cfr « Garantie indépendante ou cautionnement », p. 99.

(9) Sur la distinction des deux notions, *infra*, n° 9.

de nullité au regard d'une loi d'ordre public voire d'une loi simplement impérative ?

3. — *La solution de l'apparent paradoxe*

L'étude s'attachera donc à l'analyse des trois derniers arguments. La solution de l'apparent paradoxe noté entre l'affirmation maintes fois respectée de l'abstraction ou de l'autonomie de la garantie et la tendance à une multiplication des recours du donneur d'ordre mettant en cause cette abstraction doit être trouvée dans l'analyse même du contrat de garantie ou de contre-garantie (10). En d'autres termes, les exceptions au devoir de paiement du garant ou du contre-garant et leurs étroites limites se trouvent justifiées par la fonction même de ce contrat, son « *Sinn und Zweck* » pour reprendre l'expression allemande (11).

Comme le note Ph. Simler (12), à propos de l'exception de fraude : « *On est ainsi inéluctablement conduit à se demander si l'idée d'un appel abusif n'entre pas en contradiction avec l'autonomie de la garantie. Une réponse négative peut cependant être proposée. L'appel abusif suppose la mauvaise foi du bénéficiaire. L'origine de cette mauvaise foi réside sans nul doute dans le contrat de base. Mais c'est bien dans le cadre de l'exécution du contrat de garantie qu'elle se manifeste et se concrétise. Ce n'est pas une exception tenant au contrat de base qui est opposée au bénéficiaire. L'autonomie de la garantie n'est pas davantage*

(10) L'utilisation du terme « contrat de garantie » de préférence à celui d'engagement unilatéral de garantie est longuement justifiée dans des écrits précédents. Cfr en particulier, Y. POULLET, « La garantie bancaire à première demande, un acte unilatéral abstrait ? », *Mélanges J. Pardon*, Bruxelles, 1996.

(11) Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, Paris, 2^e édit., 1991, p. 745.

(12) « Nach den Ausführungen, ..., ist dieser Einwendungsausschluss konstruktiv ~~gest~~hen an nach Selbstverständlichkeit und bedarf daher keiner anderen Begründung als des Hinweises auf *Sinn und Zweck* (c'est l'auteur qui souligne) des Garantiegeschäfts » (K.W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, T. 1, 3^e édit., Ann. 1134).

En droit allemand, une telle thèse est incontestée depuis l'ouvrage déjà ancien de KÜBLER, « *Feststellung und Garantie* », Tübingen, J.C.B., Mohr, 1967 et les remarques de E. von CAEMMERER, « *Bank-Garantie in Aussenhandel* », *Festschrift für O. Riese*, 1964, p. 302 (en particulier). Cfr également en droit italien, les écrits de G.B. PORTALE, « *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria* », in *Le operazioni bancarie*, T. II, Milano, pp. 1071 et s. et *Le garanzie bancarie internazionali*, B.B. e Tit. di Cred., 1988, pp. 19 et 20.

méconnue. Rien n'aurait justifié que le contrat de garantie autonome échappât au principe 'fraus omnia corrumpit' ».

En aucune manière, il ne faut voir dans ces exceptions, une résurgence du caractère accessoire de la sûreté personnelle mais simplement une révélation et confirmation de l'essence même de la garantie autonome, sûreté personnelle distincte de cette autre forme de sûreté personnelle qu'est le cautionnement. Qu'il soit clair que ce sont ces sens et fonction de la garantie, qui justifient tout à la fois l'abstraction de la garantie autonome et les limites mêmes de cette abstraction (13).

4. — *Plan de l'exposé*

C'est cette thèse qui éclaire l'analyse des trois catégories d'exceptions ci-dessus recensées (*supra*, n° 2).

- Le chapitre I traite des exceptions au paiement tirées du caractère littéral de l'engagement du garant ou du contre-garant ;
- le chapitre II évoque la question délicate de la fraude et (ou) de l'abus de droit ;
- enfin, le chapitre III concerne les conséquences du caractère illicite de l'opération de base sur le devoir de paiement.

CHAPITRE I. — LES EXCEPTIONS AU PAIEMENT TIRÉES DU CARACTÈRE LITTÉRAL DE L'ENGAGEMENT DU GARANT

5. — *Le caractère littéral de la garantie*

« Les auteurs, notamment C. Martin et M. Delierneux (14), insistent donc à bon droit sur le caractère littéral de l'engagement bancaire, ce qui signifie non seulement que cet engage-

(13) Une telle conclusion était l'objet même de la thèse *L'abstraction de la garantie bancaire automatique*, Thèse, Louvain-la-Neuve, 1982, non publiée. Cette thèse a reçu en 1982, le prix FIEDA (Fédération Internationale de l'Enregistrement du Droit des Affaires). Cfr également sur ce point, l'excellente thèse de Mr A. PRUM, *Les garanties à première demande*, thèse, Litec, Paris, 1994.

(14) *Op. cit.*, n° 35. Les auteurs se réfèrent à l'enseignement de MM. VAN RYN et HEENEN. En droit belge, on se référera également aux réflexions de L. SIMONT, « Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent », *Actes du colloque de Bruxelles sur les sûretés*, U.L.B.-Feduci, 1983, p. 25.

ment doit nécessairement s'exprimer dans un acte écrit (15), mais également que « sa portée ne peut être définie qu'en se référant aux termes de la lettre que le banquier a adressée au bénéficiaire ».

Ce caractère littéral signifie que le banquier conditionne son devoir de paiement à la vérification de la conformité stricte des documents produits par celui qu'il appelle la garantie à ceux prévus par l'engagement qu'il a pris et des conditions y prévues. « Toute demande de paiement en vertu de l'engagement est faite dans une forme visée au § 1 de l'article 7 et conformément aux termes et conditions de l'engagement... » (16).

Ce principe de la stricte conformité documentaire se conçoit parallèlement à celui consacré depuis longtemps en matière de crédit documentaire (17).

Il implique le devoir du banquier de procéder, dans des délais brefs, à l'examen des documents produits au regard de ceux exigés par la garantie. A cet égard, est évoquée la question particulière de la signification concrète des garanties payables « à première demande justifiée » (n° 6). Le cas échéant, l'analyse implique la vérification de l'origine et de la date de la demande de paiement (n° 7), elle conduit à son rejet en cas d'absence ou d'inadéquation des documents présentés (n° 8).

6. — *Le devoir du banquier d'examiner les documents*

L'article 16 de la convention CNUDCI confirme l'enseignement doctrinal qui déduit du devoir de bonne foi existant dans

(15) La notion d'« écrit » doit s'entendre d'une manière large comme le note l'article 7 de la Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by tels que révisés par la Commission des Nations-Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI-UNCITRAL) lors de sa 28^e session (Vienne 2-26 mai 1995) et adopté par l'Assemblée générale des Nations-Unies en novembre 1995 : A/CN.9/408) : « Un engagement peut être émis sous toute forme préservant un enregistrement complet du texte dudit engagement et permettant une authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou selon une procédure convenue entre le garant/émetteur et le bénéficiaire ».

(16) Article 15 de la Convention CNUDCI sur les garanties indépendantes.

(17) A ce propos parmi bien d'autres, les réflexions de Cl. MARTIN et M. DELIERNEUX (art. cit., n° 36), « Manifestement calqué sur l'article 15 des R.U.U. relatives aux crédits documentaires, il a exactement la même portée et consacre le principe de la rigueur documentaire (« Dokumentenstrenge... ou 'strict compliance' qui permet de rejeter l'appel entaché du moindre manquement à l'une des stipulations ».

toute convention, le devoir du banquier de procéder à un examen minutieux des documents accompagnant la demande de paiement (18).

« Le garant, énonce l'article, examine la demande et tous les autres documents conformément à la norme de conduite (19) mentionnée au § 1 de l'article 14.... » (il dispose d'un délai raisonnable, mais d'un maximum de sept jours ouvrables, pour examiner la demande...).

L'examen de la conformité des documents se heurte à une difficulté lorsque la garantie est libellée : « payable à première demande justifiée (ou motivée) ». Le banquier doit-il exiger une complète explication des motifs tirés du contrat de base et pour lesquels la demande de paiement est avancée. On sait que cette clause dite d'« effectivité » (20) a été promue par les règles et usances uniformes de la Chambre de commerce internationale au nom des principes d'équité et de bonne foi afin d'éviter certains abus « résultant de demandes inéquitables de bénéficiaires » (21). L'interprétation de cette clause qui, selon le texte même de l'article 20, ne peut porter atteinte à l'indépendance de la garantie n'est pas aisée. « *L'autonomie de la garantie ne doit-elle pas précisément dispenser le bénéficiaire d'apporter la preuve de la défaillance de son débiteur ? Il faut alors se garder de l'y contraindre par une voie détournée en l'obligeant à justifier le bien-fondé de son appel au regard du contrat de base* » (22). La jurisprudence récente résout cette difficulté comme suit :

(18) Voire de l'existence ou non d'une fraude ou d'un abus de la part de ce dernier (à ce propos, *infra*, n° 9).

(19) L'article 14 se réfère précisément au devoir de « bonne foi » et d'exercice d'un « soin raisonnable compte dûment tenu des normes généralement acceptées de la pratique internationale... ».

(20) Selon l'appellation germanique qui parle d'« Effektivklausel » (not. GRAF VON WESTPHALEN, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, Heidelberg, p. 122).

(21) Cfr à cet égard l'introduction des Règles et Usances uniformes relatives aux garanties contractuelles (Publication CCI-RUG, n° 458) approuvée en décembre 1992. A propos de ces Règles et Usances, cfr le commentaire de C. MARTIN et M. DELIERNEUX, « Les nouvelles règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande », *R.D.Comm.*, 1993, pp. 288 et s.

L'article 20 a) des Règles et Usances précise que : « toute demande de paiement aux termes de la Garantie sera écrite et appuyée en plus de tous autres documents que peut spécifier la garantie, d'une déclaration écrite (...) stipulant i) que le donneur d'ordre a manqué à son ou ses obligation(s) selon le(s) contrat(s) de base... ; ii) en quoi le donneur d'ordre a manqué à ses obligations ».

(22) A. PRÜM, *op. cit.*, p. 187.

« Par nécessaire cohérence avec le concept de garantie à première demande, les mots « première demande justifiée » ne peuvent s'entendre que d'une justification purement formelle ou plus exactement d'une motivation se rattachant à l'objet de la garantie et non de la nécessité pour le bénéficiaire d'établir le bien-fondé de sa demande, sauf à priver la garantie à première demande de toute portée juridique » (23).

En d'autres termes, la justification peut être formelle. Elle a pour intérêt de faciliter la preuve par le donneur d'ordre ou par le banquier de la mauvaise foi du bénéficiaire (24). Elle ne peut conclure « à exiger une motivation, dont le banquier aurait dû apprécier si elle était ou non suffisante » (25).

7. — Les vérifications complémentaires

Sont ici évoqués le devoir de vérifier l'origine de la demande et celui de contrôler la date de cette dernière.

A propos du premier point, il est nécessaire que l'appel émane réellement du bénéficiaire. Dès lors, « il incombe à la banque garante de s'assurer de l'identité de la personne qui appelle le paiement et, le cas échéant, de contrôler son pouvoir de représentation » (26). Deux cas jurisprudentiels belges illustrent ce devoir. Dans le premier, jugé par le tribunal de commerce de Bruxelles, une banque ayant reçu un avis de garantie d'un correspondant étranger a été condamnée pour ne pas avoir vérifié l'origine de l'avis et le sérieux du correspondant (27). Par contre, le paiement sur présentation de la demande par un avocat dont le mandat par le bénéficiaire n'avait pas été contrôlé, a été jugé comme non fautif, en raison de la protec-

(23) Paris, 9 janvier 1991, *Banque et Droit*, 1991, p. 120, obs. J.-L. GUILLOT. Cfr également depuis Versailles, 12 mars 1992, *D.*, 1994, Somm., p. 241, obs. M. VASSEUR et dans la jurisprudence anglaise *Essal Commodities v. Oriental Credit Ltd*, 1985, 2 *Lloyd's Rep.*, 546, 549.

(24) « La motivation de la demande par le bénéficiaire faisant appel à la garantie présente l'avantage de constituer un moyen indirect de lutter contre les demandes abusives ou capricieuses du bénéficiaire » (M. VASSEUR, note sous Paris, 24 nov. 1981, *D.*, 1982, p. 296 (aff. Opinter). Cfr également C. MARTIN, M. DELIERNEUX, art. cit., *R.D.Comm.*, 1993, p. 307.

(25) A. PRUM, *op. cit.*, p. 189.

(26) A. PRUM, *op. cit.*, p. 177 et jurispr. y citée.

(27) Trib. comm. Anvers, 25 sept. 1987, P.V.B.A. Intervlces c.B.N.P., inédit, relaté par L. SIMONT et A. BRUYNEEL, « Chronique de droit bancaire privé : les opérations de banque garanties indépendantes (1979-1988) », *Rev. Banque*, 1989, p. 524.

tion offerte par la déontologie du barreau contre tout risque d'usurpation de pouvoir (28).

La vérification de la date suppose que l'on s'accorde sur le moment à prendre en considération pour l'appréciation de la ponctualité de l'appel. La réception par le garant de la demande est le moment retenu par la Convention de la CNUDCI pour une telle appréciation. Tout retard d'acheminement de la demande même dû à une force majeure ou au fait d'un tiers ne peut excuser le bénéficiaire (29).

Cette première précision apportée, deux questions peuvent être posées : la première concerne la date *d'expiration de la garantie*, celle fixée par le contrat de garantie pouvant être indicative ou de rigueur et renvoyer à la fois à une date déterminée et à un événement (ex. la clôture du chantier) dont l'arrivée peut être postérieure.

Cette question était soulevée dans une affaire récente soumise au tribunal de commerce de Bruxelles (30). La garantie couvrait la parfaite exécution d'un contrat jusqu'à expiration de la période de garantie contractuelle prévue pour une date déterminée, soit lors de la réception définitive. Plusieurs prorogations du contrat de base s'avérèrent nécessaires et, à chaque fois, la garantie bancaire fut également prorogée. La réception définitive des travaux ne pouvant avoir lieu, le bénéficiaire fit appel à la garantie au-delà du délai de prorogation de cette dernière, en faisant valoir que l'expiration de la garantie était liée à la réception définitive. Le tribunal de commerce ne suit pas ce raisonnement :

« Lorsqu'une garantie prévoit que la banque se porte garante des obligations contractuelles du donneur d'ordre, ladite garantie étant libérable pour 50 % à la réception provisoire prévue pour le 31 juillet 1987 et pour 50 % après complète exécution et expiration de la période de garantie contractuelle prévue pour le 31 juil-

(28) Bruxelles, 5 avril 1991, *D.*, 1991, Somm., p. 194, Obs. M. VASSEUR.

(29) C'est déjà la solution retenue en matière de crédit documentaire par les règles et usances relatives aux crédits documentaires (art. 19 et 46b) : les émetteurs d'un crédit documentaire « n'assument aucune responsabilité quant aux conséquences des retards ou pertes que pourraient subir dans leur transmission tous messages, lettres, demandes ou documents, ni quant aux retards, mutilations ou autres erreurs pouvant se produire dans la transmission de toute télécommunication ».

(30) Trib. comm. Bruxelles, 15 déc. 1992, *R.D.Comm.* 1993, p. 1055, obs. J.-P. BUYLE et X. THUNIS.

let 1988, et que diverses prolongations de la garantie bancaire ont été accordées par la banque, la date indiquée dans l'engagement initial n'est pas seulement indicative, sinon les parties n'auraient pas pris la peine de proroger cette date à cinq reprises ». Ainsi la date d'expiration de la garantie était de rigueur. Restait la question de la prévalence à donner à cette date plutôt qu'au fait mentionné par le contrat de garantie, à savoir la réception définitive. Le juge affirme : « Si une garantie stipule à la fois une date d'expiration et un fait entraînant l'expiration (la réception définitive) elle prend fin dès que surviendra le premier de ces deux événements (31). Il s'ensuit que l'appel postérieur est tardif ».

La seconde question vise les différences susceptibles d'exister entre les dates d'expiration de la garantie et de la contre-garantie. Deux hypothèses peuvent se présenter : la date de la garantie peut avoir été prorogée sans que celle de la contre-garantie ne le soit. Le garant appelé risque alors de perdre le bénéfice d'un recours possible contre le contre-garant qui se prévaudra du caractère littéral de son engagement de couverture. Par contre, le paiement par le garant au-delà de la date d'expiration de la garantie n'interdit pas à ce dernier un recours en remboursement par le contre-garant dont la date d'expiration de l'engagement est postérieure (32). De telles solutions se justifient vu l'autonomie de chacun des engagements (33).

8. — *Le rejet de la demande de paiement en cas d'absence ou d'inadéquation des documents*

Le principe de la stricte conformité documentaire est l'objet d'applications peu nombreuses. On citera à cet égard deux décisions :

(31) Le juge se réfère ainsi à l'article 22 des règles uniformes de la C.C.I., publication n° 458.

(32) A ce propos, A. PRUM, *op. cit.*, p. 181, n° 339 et 340, et la jurisprudence citée. Une exception pourrait être invoquée le cas échéant en cas de fraude ou d'abus de droit du garant. Sur cette question, la jurisprudence analysée in Y. POULLET, *La jurisprudence récente en matière de garantie bancaire dans les contrats internationaux*, B.B. e Tit. di C., 1982, pp. 413-414.

(33) Sur ce point, Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2^e édit., 1991, p. 722, n° 907.

- la première concerne une demande de paiement adressée par télex alors que le contrat de garantie prévoyait la mise en jeu de la garantie par lettre recommandée. La Cour suprême d'Autriche (34) estimera qu'une telle demande est inopérante ;
- la seconde, prononcée par le président du tribunal de commerce de Charleroi (35), refuse le droit au paiement à un bénéficiaire qui avait omis de présenter au garant un des trois documents prévus par le texte de la garantie, à savoir l'attestation authentifiée du bénéficiaire suivant laquelle le donneur d'ordre n'avait pas rempli ses obligations.

On ajoutera que le rejet d'une demande de paiement oblige le garant selon la jurisprudence (36) confirmée récemment par l'article 16 de la Convention CNUDCI (37) à « émettre un avis en ce sens à l'intention du bénéficiaire...pareil avis est adressé par télétransmission, ou si cela est impossible par tout autre moyen rapide et il est motivé ». Cette obligation du garant doit permettre au bénéficiaire ainsi prévenu de réintroduire la demande corrigée et d'obtenir alors paiement. La non-exécution de ce devoir entraîne, le cas échéant, condamnation du garant à des dommages et intérêts envers le bénéficiaire (38).

(34) C. Suprême Autriche, 24 mars 1988, *D.*, 1989, Somm., p. 133, obs. M. VASSEUR.

(35) Prés. Trib. comm. Charleroi (réf.), 22 juin 1984, *R.R.D.*, 1985, p. 73, obs. Y. POULLET ; cfr également Trib. comm. Bruxelles, 16 juin 1989, *R.D.Com.*, 1990, p. 1077 où manquait une attestation signée par le donneur d'ordre ; enfin le cas examiné par la Cour de cassation française le 16 mai 1995 (*J.C.P.*, 1995, II, p. 208, note L. LEVEEUR) où les juges font interdiction de paiement à une banque à défaut pour le bénéficiaire de présenter la sentence arbitrale énonçant que « l'inexécution par le vendeur de ses obligations était imputable au gouvernement français » exigée par le contrat de garantie. A bon droit la cour d'appel a retenu que constituait, non une garantie à première demande, mais une garantie documentaire, l'engagement pris par une banque française de garantir sous certaines conditions, le remboursement d'avances liées à un achat de munitions destinées à un acheteur irakien, dès lors qu'il résultait des actes de garantie que l'observation, par le garant, de son engagement, était liée à la production d'une sentence arbitrale énonçant que l'inexécution, par le vendeur, de ses obligations, était imputable à la politique du Gouvernement français.

(36) Cfr le cas français, Paris, 11 juillet 1986, *D.*, 1987, Somm., p. 217, obs. M. VASSEUR et celui anglais, *Bankers Trust Cy v. State of India*, Q.B. Div., 31 juill. 1990, *F.T. Law Report*, 8 août 1990.

(37) La solution est enfin identique à celle prévue en matière de crédit documentaire (Règles et Usances uniformes en matière de crédit documentaire, Publication CCI, Paris, Revision, 1983, art. 16).

(38) OLG Karlsruhe, 21 juillet 1991, *D.*, 1993, Somm., p. 101, obs. M. VASSEUR.

CHAPITRE II. — LA FRAUDE ET/OU L'ABUS DE DROIT

9. — *La distinction des deux notions*

Longtemps confondus (39), la fraude et l'abus de droit se révèlent à l'analyse deux concepts bien distincts, fondés chacun sur un principe de droit différent.

L'adage « *fraus omnia corrumpit* » fonde la prise en considération du premier, son application présuppose la démonstration chez le bénéficiaire d'une véritable intention de nuire au donneur d'ordre par l'appel à la garantie (40).

« *L'hypothèse d'un abus de droit est susceptible d'être distinguée du moins a priori*, de celle de la fraude en ce sens que cette dernière suppose des manœuvres destinées à éluder une règle de droit alors que la première traduit seulement l'idée de l'usage d'un droit au-delà de sa limite 'interne' » (41), un « *venire contra factum proprium* » pour reprendre l'expression de la doctrine germanique (42).

En d'autres termes, l'abus de droit à la différence de la fraude ne présuppose pas un examen de la psychologie des contractants mais résulte d'un pur examen objectif (43).

(39) La confusion est fréquente tant en doctrine et jurisprudence belges que françaises. A cet égard, p. ex. E. WYMEERSCH, « Garanties op eerste verzoek », *T.P.R.*, 1986, pp. 471-503 (en particulier, p. 495) et l'analyse de la décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 6 avril 1982, *Rev. Banque*, 1982, 683; P. DE VROEDE, M. FLAMÉE, « De garantie op de eerste verzoek », *T.P.R.*, 1982, 365. A l'étranger, l'assimilation est faite notamment par VASSEUR (note sous Cass., 20 janv. 1987, *D.*, 1987, J., p. 177) et SIMLER, (*op. cit.*, n° 927 et s.).

(40) Les juridictions anglaises et américaines se réfèrent uniquement à la notion de fraude (established fraud) même si, actuellement, elles semblent s'orienter vers une définition large de celle-ci fondée essentiellement sur l'équité et comprenant, tout acte de mauvaise foi (à cet égard, l'analyse très fine proposée par U. LOHMANN, *Ewendungen gegen den Zahlungsanspruch aus einer Bankgarantie und ihre Durchsetzung in Rechtsvergleichender Sicht*, Thèse, Köln, 1984, pp. 89 et s.).

(41) A. PRUM, *op. cit.*, p. 249. L'auteur consacre un chapitre entier à la distinction de ces deux notions.

(42) L'expression est classique : cf. à ce propos K.W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, De Gruyter, Berlin, 1988, p. 733, n° 1134 et s. et les références y citées.

(43) « Cet état de fait objectif suffit pour que l'on admette l'abus de droit du bénéficiaire. Il n'est donc pas nécessaire que le bénéficiaire agisse frauduleusement, c'est-à-dire qu'il vise intentionnellement à causer un dommage au donneur d'ordre de la garantie... L'on se trouve en présence d'un abus de droit chaque fois que le bénéficiaire fait appel à la garantie alors qu'il n'a aucun droit, quel que soit le point de vue adopté, compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce » J.L. DÖHM, *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Ed. Staempfli & Cie, Berne, 1986, p. 117, n° 240).

Il s'agit de « deux démarches différentes pour caractériser le fait que le bénéficiaire n'a aucun droit à faire valoir contre le donneur d'ordre.

« En se plaçant sur le terrain de la fraude, le donneur d'ordre établit quelles sont les véritables raisons qui inspirent le bénéficiaire à savoir lui nuire. L'appel à l'abus manifeste implique la preuve directe de l'absence de droit dont la garantie bancaire doit assurer l'exécution » (44).

La reconnaissance de l'abus de droit comme limite à l'abstraction de la garantie autonome se déduit du fait que le droit du bénéficiaire né de la garantie, comme tout droit contractuel, n'est pas discrétionnaire (45).

« L'abus de droit peut résulter de l'exercice d'un droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente » (46).

L'appréciation du caractère abusif de l'exercice d'un droit est précisée par la jurisprudence belge comme suit :

« Il importe que le juge détermine concrètement quel est l'exercice normal d'un droit en recherchant quels sont son objet, sa nature et sa valeur sociale, et en tenant compte de la qualité du rapport juridique dans lequel le titulaire use de ce droit » (47). En

(44) J. STOUFFLET, « La garantie bancaire à première demande », *J.D.I.*, 1977, p. 280. Cfr également l'attendu président du tribunal de commerce Bruxelles (réf.) 26 mai 1988, *J.T.*, 1988, p. 560 : « La fraude suppose une déloyauté intentionnelle dans le but de nuire ou de réaliser un gain, tandis que l'on parlera d'abus de droit, quand un droit est exercé d'une manière dépassant manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne normalement prudente et diligente ». A propos de cet attendu, les réflexions dans le même sens de L. SIMONT et A. BRUYNEL, Chronique citée, *Rev. banque*, 1989, p. 528, n° 9 qui ajoute que les deux notions « sont souvent susceptibles de se recouvrir et d'être appliquées l'une et l'autre à une même situation de fait » et de C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, p. 594.

(45) Comme l'a bien démontré, S. STIJNS (in S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 707, n° 45 et s.) à la suite d'une analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation bien établie depuis l'arrêt du 10 septembre 1991. Cfr en droit étranger, en doctrine germanique, les réflexions semblables de Graf von WESTPHALEN, *op. cit.*, p. 158 et de J. DÖHM, *op. cit.*, p. 225 : « L'interdiction de l'abus de droit est l'expression d'un principe éthique et d'importance primordiale, sur lequel reposent en tout cas, les ordres juridiques de la famille romano juridique, et, avec une très grande probabilité, tous les autres ordres juridiques » ; en doctrine française, J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 3^e édit., L.G.D.J., 1990, n° 707.

(46) Cass., 10 septembre 1991, *Pas.*, 1992, I, 28, note W.C.. Le lecteur se référera à la chronique citée à la note précédente de même qu'à celle de S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *J.T.*, 1990, pp. 33-44.

(47) S. STIJNS, chron. citée, p. 707, n° 45 et les références reprises.

particulier, il importe d'analyser dans quelle mesure l'exercice d'un droit est détourné de sa finalité (48).

En définitive, la notion d'abus de droit renvoie pour la fixation de son champ d'application à l'analyse de la fonction de la garantie autonome.

10. — *La fonction de la garantie* (49)

Encore qu'elle doive être précisée, la meilleure définition de la garantie me semble être celle proposée par MM. Cabrillac et Mouly (50) dans leur traité de droit des sûretés. « *La garantie n'a pas pour fin l'exécution du contrat principal mais la consignation d'un dépôt de garantie... la garantie indépendante envisagée par les parties est toute entière contenue dans le procédé primitif de la consignation* ».

Une telle définition mérite d'être approuvée même si elle doit être nuancée. L'origine historique de la garantie indépendante confirme en effet l'analyse (51) : les premières garanties indépendantes furent exigées, dans les marchés publics à la grosse exportation, par les maîtres d'ouvrage, administrations ou entreprises d'Etat, comme un substitut à la consignation de sommes auprès de ces dernières. L'émission d'une garantie bancaire avait en effet le double mérite à la fois d'éviter au maître d'œuvre, le dépôt stérile de sommes souvent importantes et d'armer le maître de l'ouvrage, qui, en cas de conflit,

(48) A propos de l'application du critère de proportionnalité pour déterminer l'existence ou non d'un « détournement du pouvoir contractuel ». P.-A. FORTIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », note sous Cass., 30 janv. 1992, *R.C.J.B.*, 1994, p. 195, n° 18.

(49) Sur ce point, l'auteur se réfère à certains passages d'une publication antérieure. « La garantie bancaire à première demande : un acte unilatéral abstrait ? », *Mélanges J. PARDON*, Bruxelles. Bruylant, 1996, en particulier n° 24 et s. L'auteur voit dans cette fonction du contrat de garantie, la cause même du contrat et réfute dès lors la thèse de l'acte abstrait, inutile, erroné et contradictoire.

(50) M. CABRILLAC et C. MOULY, *Traité de droit des sûretés*, Litec, 1990, n° 431 et s. ; cfr également parmi beaucoup d'autres, M. VASSEUR, « Garanties indépendantes », *Dalloz, Rép. dr. comm.*, n° 23 ; en droit belge, C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, R.P.D.B., Compl. T. VII, p. 559, n° 6 ; F. 't KINT et W. DERIJCKE, « La garantie indépendante à l'ombre des apparences », *Hommage à J. HEENEN*, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 447.

(51) Il est remarquable de constater que cette même origine justifie également en droit interne la reconnaissance de nouveaux cas d'application de la garantie autonome. Ainsi, les « cautionnements » bancaires à première demande délivrés au profit de certaines administrations (dans le cadre de marchés publics) ou pour certaines opérations (« cautionnement » auprès de l'Office des contingents et licences, « cautionnements » A.T.A., auprès de l'administration des douanes, ...) ou délivrés au bailleur (à cet égard, *infra*, n° 18) constituent des substituts à la consignation de sommes.

peut disposer à première demande des sommes, contre le maître d'œuvre.

Si cette origine confirme la définition de Cabrillac et Mouly, elle amène à la corriger quelque peu. En effet, disposant de cette arme, le bénéficiaire de la garantie en fera un moyen de pression efficace pour l'obtention des résultats attendus de la prestation promise par le maître d'œuvre voire, après l'avoir appelée, de compensation financière forfaitaire en cas de non-obtention des dommages et intérêts (52). En d'autres termes, la garantie indépendante si elle a certes pour fonction d'être un substitut au « cautionnement » ou dépôt immédiat de sommes auprès du bénéficiaire, sert également, dans cette mesure, à garantir la bonne réalisation de l'opération économique ou financière dans le cadre de laquelle elle est émise, contre les risques de non-achèvement de celle-ci.

Cette analyse de la fonction de la garantie comme couverture de risques liés à une opération commerciale, industrielle ou financière (53) a le double mérite à la fois de souligner l'appartenance de la garantie à la catégorie des sûretés personnelles (54) et d'en caractériser la spécificité. Le bénéficiaire souhaite non seulement une protection contre les risques de défaillance ou d'insolvabilité du débiteur principal dans l'exécution de ses obligations mais également une couverture quasi absolue et exigible immédiatement contre tous les risques de non arrivée du résultat attendu de la prestation du donneur d'ordre. De ce fait, s'explique et se justifie l'autonomie de son engagement tout autant que ses limites.

Cette sûreté quasi absolue et immédiatement exigible implique en effet que le garant couvre les risques d'incertitude quant à l'existence de la dette, quant à sa bonne exécution, nonobstant les difficultés, y compris de force majeure, qui entravent le déroulement de l'opération ou le recours contre

(52) A ce propos, notamment, A. PRŒM, *op. cit.*, p. 251, n° 448. Elle se présente alors comme un substitut ou un remplacement de clauses pénales présentes, le cas échéant, dans le contrat de base.

(53) Voir à une étape de celle-ci, p. ex. en matière de garantie de soumission.

(54) A ce propos, nos réflexions dans la thèse précitée et plus récemment in, « La lettre de patronage comme forme originale de sûreté personnelle », in *Les lettres de patronage*. Namur, Paris, 1984, n° 60 et s.

un bénéficiaire situé en terre lointaine, devant des juridictions peu fiables et en tenant compte d'un droit mal connu.

C'est autour d'une telle fonction que s'organise le concours des volontés tant du donneur d'ordre, du bénéficiaire que du garant (voir du contre-garant).

« *La solution* » écrit Prüm (55), « *suppose seulement que l'engagement souscrit emprunte la rigueur de la sûreté réelle qu'il remplace : le garant doit s'obliger de manière irrévocable et inconditionnelle, à payer au bénéficiaire une certaine somme d'argent à la première demande de celui-ci et sans pouvoir lui opposer une quelconque exception ou réserve tenant au marché couvert* » (56).

F. 't Kint et W. Derijcke (57) justifient de la même manière l'abstraction de la garantie.

« *La garantie indépendante, quelles qu'en soient les atténuations, interdit au banquier d'attendre l'issue d'un quelconque procès avant de s'exécuter. Une telle attitude ne pourrait s'analyser qu'en une voie de fait particulièrement lourde. En son principe, le garant s'engage à assurer au bénéficiaire, même non créancier, la sécurité absolue de la bonne fin de l'opération commerciale ou industrielle* » (58).

« *On ajoutera que le donneur d'ordre en demandant l'émission de la garantie, s'est interdit tout blocage du paiement des sommes promises par le garant* (59); *un tel blocage représenterait, en effet, un « venire contra factum proprium »* (60), *un agissement*

(55) A. PRÜM, *op. cit.*, n° 12.

(56) A. PRÜM, *op. cit.*, n° 12.

(57) Art. cité, n° 42, p. 463.

(58) Les auteurs allemands parlent à cet égard de la « Liquiditätsfunktion » de la garantie (à ce propos, not. U. LOHMAN, *op. cit.*, p. 18, et les références y reprises).

(59) Les auteurs allemands et italiens affirment que la clause insérée dans le contrat commercial à la base de la garantie et prévoyant l'ouverture par la banque d'une garantie à première demande équivaut à une sorte de « pactum de non petendo ». L'exportateur renonce provisoirement du moins à faire valoir une série d'exceptions correspondant aux risques pris en charge par lui, suite à la délivrance de la garantie à première demande. Sur cette analyse classique dans la doctrine allemande et italienne depuis Feman, voir les nombreuses références reprises dans la thèse, *op. cit.*, note 185 et s. Cfr également et de manière extensive P. MUEBERT, *Missbrauch von Bankgarantien und einseitiger Rechtsschutz*, thèse, Tübingen, 1985.

(60) Comme le qualifie GAUTSCHI (« Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht », *Das obligationenrecht*, 2. Ableitung, Art. 407, Ann. 20.a). Cfr également toujours en droit suisse Kleiner (*Bankgarantie*, 2^e éd., Zurich, p. 157 : « Avec la mise sur pied d'un accreditif ou d'une garantie, les parties au contrat de base conviennent que le bénéficiaire pourra obtenir une prestation sous certaines conditions sans préjudice des modifications ou litiges qui viendraient à naître à propos du contrat de base et indépendamment de ces difficultés. C'est cela qui constitue la cause, le but (Zweck) d'une telle convention. Dès

contraire à l'équilibre entre les risques assumés par les divers partenaires, équilibre auquel les diverses parties ont souscrit volontairement ».

C'est ce qu'exprime très justement la jurisprudence belge lorsqu'elle constate que le risque d'un appel injustifié (au regard de l'exécution des obligations du contrat de base) (*) a, « *en effet, été accepté par le donneur d'ordre en connaissance de cause ; il est inhérent à la technique même de la garantie indépendante, qui est fondée sur le principe : 'payer d'abord, réclamer ensuite' »* (61) (62)

Si le « Sinn und Zweck » de la garantie autonome explique l'abstraction de cette institution, il en justifie également les limites : tout appel à la garantie, qui excède manifestement la portée de l'engagement et vise à la couverture des risques étrangers à ceux liés au déroulement de l'opération garantie, constitue un *abus de droit* que le garant, le magistrat ou l'arbitre doivent prendre en considération.

Il ne peut être question, comme le souligne la Cour d'appel de Versailles (63) sur renvoi d'un arrêt de la Cour de cassation (64), de considérer que le donneur d'ordre prend « nécessairement le risque d'un appel abusif des garanties à première demande... puisque de telles garanties confèrent au bénéficiaire le pouvoir discrétionnaire (65) de les appeler sans fournir aucune justification » (66). Certes, affirme la Cour, « *... l'engagement souscrit (par le donneur d'ordre) de ne pas contester le bien-fondé des versements effectués par la banque contre-garante*

lors le comportement (entendre : le fait pour le donneur d'ordre de demander une interdiction de paiement) serait contraire à ce but et à considérer comme un abus manifeste ».

(*) Nous ajoutons.

(61) En néerlandais « eerst betalen, dan praten » : en italien « solve e respete » : en allemand « erst zahlen, dann prozessieren ».

(62) Bruxelles, 26 juin 1992, *R.D.Comm.*, 1994, pp. 51 et s. : dans le même sens. Prés. trib. comm. Verviers, E.E.F. c./ Générale de Banque, 8 février 1996. inédit, publié en annexe du présent ouvrage.

Les auteurs allemands parlent d'un « Umkehr der Prozessrollen » suite à cette maxime « Erst zahlen, dann prozessieren » (à ce propos K.W. CANARIS, *op. cit.*, n° 1102, se référant en particulier à la décision du Bundesgerichtshof (BGHZ 90.287 (294)).

(63) Versailles, 1^{re} décembre 1988. *D.*, 1989, Somm., p. 155, obs. M. VASSEUR.

(64) Cass., 20 janv. 1987, *J.C.P.*, 1987, II, 20764, note J. STOFFLET.

(65) Sur la disparition des droits de créance discrétionnaires, *supra* les références citées en note au n° 9.

(66) Paris, 12 juin 1985, *D.*, 1986, I.R., 161, obs. M. VASSEUR : *Banque*, 1986, 190, obs. J.-L. RIVES-LANGE. Les deux commentateurs s'opposent à cette affirmation trop absolue de l'abstraction de l'engagement du garant.

en exécution de sa garantie s'analyse comme un engagement de ne pas interférer dans les relations bancaires indépendantes du contrat de base et des litiges que celui-ci peut entraîner » mais, poursuit-elle, « *il n'équivaut pas à une renonciation générale à toute action en justice, laquelle serait contraire à l'ordre public, spécialement lorsque cette action serait fondée sur la fraude ou l'abus manifeste* ».

11. — *Quand peut-on estimer
que le bénéficiaire abuse de son droit ?
Examen de cas jurisprudentiels*

La jurisprudence récente témoigne d'une variété de cas dans lesquels l'appel a pu être considéré comme abusif dans la mesure où il excédait la fonction de la garantie et les risques couverts par cet engagement et constituait ainsi un « *uso oggettivamente anormale del diritto* » (67).

Les premiers concernent des appels justifiés par la volonté du bénéficiaire d'obtenir l'exécution *non de l'opération couverte* par la garantie appelée *mais bien d'une opération parallèlement conclue avec le donneur d'ordre* voire avec un autre contractant. L'affaire jugée par le président du tribunal de commerce de Bruxelles le 21 octobre 1986 (68) illustre ce propos. Quatre contrats de vente de biens et d'équipements sont conclus par deux exportateurs belges avec une société algérienne. Cette dernière appelle la garantie émise à propos d'un contrat dont l'exécution n'était, de son aveu même, en aucune manière mise en cause, pour obtenir l'exécution d'un autre contrat conclu avec l'autre importateur dont la garantie n'avait pas été prorogée (69).

Les deuxièmes concernent des appels *nonobstant la preuve indiscutable de la bonne exécution des obligations du contrat par le donneur d'ordre*, attestée tantôt par des certificats émanant

(67) G.B. PORTALE, art. cité, p. 21.

(68) Prés. trib. comm. Bruxelles (réf.), 21 oct. 1986, *R.D.Comm.*, 1987, p. 706.

(69) Cfr également les cas jurisprudentiels suivants : Prés. trib. comm., 26 mai 1988, *D.*, 1988, Somm., p. 246, obs. M. VASSEUR ; Paris, 17 déc. 1992, *D.*, 1993, Somm., p. 98, obs. M. VASSEUR : « La où la banque a donné sa garantie à première demande pour des avances consenties par le bénéficiaire, elle ne l'a pas donné pour garantir une sûreté ». En l'occurrence, il s'agit plus d'une question d'interprétation stricte du contrat de garantie dont l'objet avait été interprété largement par son bénéficiaire ; Paris, 18 mars 1986, *R.T.D.Comm.*, 1987, p. 557, obs. M. CABRILLAC et P. TEYSSIÉ.

de mandataires du bénéficiaire, tantôt d'experts judiciaires (70), *a fortiori* de tribunaux : M. Vasseur signale le cas d'un appel à la garantie, justifié par une volonté du bénéficiaire de renégocier le prix. En l'occurrence, la parfaite exécution du contrat était attestée par le règlement d'un crédit documentaire, ce qui ne pouvait être ignoré par les banques garantes et contre-garantes (71).

La troisième catégorie concerne des hypothèses où manifestement l'opération à la base de la garantie ne peut se dérouler pour des faits manifestement étrangers *au donneur d'ordre et « se situant du côté du bénéficiaire »* (72).

Deux décisions illustrent en particulier (73) cette troisième catégorie. La première constitue la seule décision où la Cour de cassation française a admis l'abus de droit. En l'occurrence, une garantie avait été émise par une société pour la bonne fin d'opération de promotion de l'anniversaire de la création de l'Etat d'Israël. Nonobstant l'annulation imminente du spectacle et diverses fautes commises par le bénéficiaire pour s'assurer du dédommagement des personnes ayant déjà acheté leur billet, le bénéficiaire prétendait obtenir le paiement de la garantie bancaire. *« A pu caractériser la fraude, la Cour d'appel qui relève que lors de l'appel de la garantie à première demande, consentie en liaison avec le mandat de vendre les billets d'un spectacle, le bénéficiaire savait que le paiement garanti devrait nécessairement être remboursé, l'annulation du spectacle étant notoirement imminente, et lui-même ayant omis de mettre en place le dispositif contractuellement prévu pour garantir le remboursement du prix des billets »* (74).

(70) « L'appel à une garantie à première demande passé par le bénéficiaire, alors que le contrat sous-jacent est exécuté, que l'acheteur (bénéficiaire) a reconnu qu'il n'avait aucune plainte à formuler et est lui-même débiteur à l'égard du vendeur (donneur d'ordre) et qu'il tente par cet appel d'obtenir d'autres avantages non stipulés au contrat sous-jacent (prolongation de garantie) est manifestement abusif et frauduleux » (Trib. comm. Bruxelles (réf.), 15 avril 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 967 ; Lyon, 17 mai 1991, *D.*, 1993, Somm., p. 99).

(71) Paris, 18 novembre 1986, *D.*, 1988, Somm., p. 247, obs. M. VASSEUR.

(72) Nous reprenons ici l'expression de Mr Vasseur utilisée à propos de l'affaire finlandaise examinée ci-dessous.

(73) D'autres décisions vont dans le même sens. On épinglera en particulier, Paris, 20 juin 1984, *R.T.D.Comm.*, 1985, p. 548, obs. CABRILLAC et TEYSSIE : le bénéficiaire n'avait pas rempli ses engagements, n'avait pas payé les sommes qu'il devait nonobstant l'établissement par lui-même de certificats de terminaison de travaux.

(74) Cass., 12 janvier 1993, *D.*, 1995, I, p. 24.

La seconde décision concerne une affaire iranienne jugée par la Cour suprême de Finlande le 25 octobre 1992 (75). M. Vasseur résume comme suit les attendus de la décision.

« Le garant, malgré le caractère obligatoire de son engagement de garantie, peut contester la demande de paiement du bénéficiaire de la garantie en invoquant que cette demande est fondée sur l'usage abusif du droit que procure l'engagement de garantie.

Les événements dus à la révolution islamique et au changement des conditions politiques en Iran, suivis de troubles graves et d'émeutes, de l'impossibilité de pourvoir sur place en matériaux indispensables un chantier de construction d'immeubles, privé de surcroît d'électricité et de carburant, ayant provoqué le départ, pour des raisons de sécurité, des agents de l'entreprise maître d'œuvre et l'interruption des travaux pour des raisons aucunement imputables à cette entreprise, qui a résilié le contrat en se prévalant de la clause de force majeure, puis proposé en vain la reprise des travaux, la demande de paiement présentée, en se référant aux engagements de garantie obligatoires, est un usage abusif du droit fondé sur ces engagements ».

Cette décision relative aux « affaires » iraniennes diffère quelque peu des décisions présidentielles du tribunal de commerce de Bruxelles prises également à propos d'affaires iraniennes (4^e catégorie) et de celles plus récentes cette fois prises à propos d'« affaires » dites irakiennes (5^e catégorie) dans la mesure où elle a trait à un appel à la garantie postérieur à la reprise des activités commerciales avec le pays en guerre.

La quatrième catégorie fait au banquier devoir de s'opposer au paiement lorsque l'appel à la garantie est motivé non par la volonté de bonne fin des prestations mais bien par des motifs politiques extérieurs au marché. On se souvient à propos de l'ordonnance du 6 avril 1982 du président du tribunal de commerce de Bruxelles (76) faisant défense à des banques contre-

(75) Cour suprême Finlande, 25 oct. 1992. *D.*, 1995, Somm., p. 22, obs. M. VASSEUR.

On rapprochera ce cas de celui jugé par le Bundesgerichtshof allemand le 12 mars 1984 (Z.I.P., 1984, p. 685), également dans une affaire iranienne. En l'occurrence, le donneur d'ordre était fermier d'un domaine situé à Téhéran, propriété du bénéficiaire et la garantie couvrait le devoir du fermier de rendre le domaine. Ce domaine fut nationalisé après la chute du Shah d'Iran, de sorte que le fermier dépossédé ne put rendre le domaine.

(76) Prés. Trib. comm. Bruxelles (réf.), 6 avril 1982, *D.* 1982, J., p. 504, note VASSEUR; *Rev. Banque*, 1982, p. 683.

garantes d'honorer leurs engagements dans la mesure où il ressortait d'un examen sommaire des faits que l'appel des contre-garanties résultait d'une circulaire établie par la banque centrale iranienne dans le cadre du conflit entre les Etats-Unis et l'Iran, visait l'ensemble des banques américaines et ne se justifiait pas par la volonté d'exécution d'un contrat certes interrompu par la guerre civile mais qui avait jusque là été réalisé par le donneur d'ordre belge à la pleine satisfaction du bénéficiaire.

Une telle décision est à rapprocher de plusieurs décisions américaines (77) à propos de demandes préventives d'interdiction de paiement. Dans ces décisions, les juges américains s'étaient opposés à ces demandes : « *En accordant l'interdiction demandée, le tribunal ne ferait rien d'autre que permettre au donneur d'ordre d'écarter un risque qu'il était d'accord d'assumer ou en d'autres termes de l'autoriser à rompre son contrat* » (78).

La confrontation des décisions « iraniennes » belges, finlandaises et américaines permet de préciser, sous réserve de ce qui sera dit à propos de la sixième catégorie, le sort des garanties bancaires en cas de survenance de guerre civile ou de troubles politiques graves affectant les relations commerciales.

1. Le risque de voir la relation commerciale affectée par la guerre civile ou des troubles graves dans le pays du bénéficiaire est un risque pris en charge par la garantie bancaire (décisions américaines (79)), sauf le cas de décision d'em-

(77) *United Tech. Corp. v. Citibank N.A., Iranian's Bank and Telec. Cy of Iran U.S. District Court*, 23 mars 1979, 469, F. Suppl., 473 (1979). Cfr également *KMW Int. v. Chase Manhattan Bank U.S. Court of Appeals*, 10 août 1979, 606 F. 2d, 10 (1979).

(78) Outre les décisions américaines précitées, celles de la Cour d'appel de Paris du 31 mai 1988 (deux arrêts). *D.*, 1989, Som., p. 153, obs. VASSEUR. Il s'agissait d'appels simultanés de plusieurs garanties en période de tension entre deux Etats.

(79) *United Techn. Corp. v. Citibank N.A.*, décisions citées note précédente : la décision concernait une demande préventive du donneur d'ordre à la fois d'interdire toute prorogation de la contre-garantie et du paiement de cette contre-garantie. Les juges américains se sont demandés si les événements d'Iran constituaient un risque politique qui sorte « du déroulement normal » de l'opération économique garantie, et si ce risque était pris en charge par lettre de crédit stand-by. Si tel était le cas, la survenance du risque politique remettait en cause le devoir de paiement du contre-garant. La décision *K.M.W. Int v. Chase Manhattan* citée à la note précédente va dans le même sens : « Quand un contractant entre en relations avec l'administration iranienne, il assume les risques propres aux transactions internationales. Toute injonction préventive débarrassant la banque de la charge de ce risque en lui enjoignant de ne pas payer sur base de la lettre de crédit irait à l'encontre du sens de la transaction commerciale de base... » (Y. POULLET, « La jurisprudence récente en matière de garantie bancaire dans les contrats internationaux », *B.B. e Tit. di Cred.*, 1982, II, 426).

bargo frappant également les garanties bancaires (cfr 5^e catégorie).

2. Les juges n'accéderont donc pas à des demandes préventives d'interdiction de paiement. La prorogation des garanties peut être exigée par le bénéficiaire sauf lorsque la durée de celle-ci est déraisonnable au vu de l'espoir d'une reprise de l'opération commerciale (décisions américaines).
3. Les juges s'opposeront à des demandes de paiement émis pendant l'interruption de l'opération commerciale lorsque cette demande est motivée par des raisons politiques extérieures au marché (décision belge).
4. Après la reprise des opérations commerciales, les juges s'opposeront à des demandes de paiement s'il est manifeste que la non-poursuite de l'opération garantie est manifestement due au fait du bénéficiaire (décision finlandaise).

La cinquième catégorie concerne les demandes de paiement, alors qu'une mesure d'embargo frappe explicitement les garanties. Cette cinquième catégorie vise les deux affaires « irakiennes », portées l'une devant le tribunal de Padoue (80), l'autre devant la Cour d'appel de Paris (81). A la différence du cas iranien où aucune interdiction officielle n'avait été arrêtée à propos des garanties, lors de la survenance des événements dits irakiens suite à l'envahissement du Koweït, un règlement fut pris par la Commission des Communautés européennes (82) pour interdire non seulement la poursuite des relations commerciales ou financières pouvant favoriser l'économie de l'Irak ou du Koweït mais également les opérations financières annexes à celles-ci. De telles mesures réglementaires rendent caducs (83) les engagements de garantie même autonomes.

(80) Trib. civ. Padoue, 1^{er} octobre 1993, *Banque et Droit*, 1994, pp. 10 et s.

(81) Paris, 23 juin. 1995, *J.C.P.*, 1995, II, p. 209, note B.G. AFFAKI.

(82) Il s'agit du règlement n° 3541/92/CEE du 7 décembre 1992.

(83) Trib. civ. Padoue, déjà cité. Dans le même sens, la note de B.G. AFFAKI déjà citée, qui critique le raisonnement compliqué de la Cour d'appel de Paris, aboutissant par d'autres voies à la solution d'interdiction de paiement des garanties. « Au-delà des arguments possibles sur l'opportunité de l'intervention législative, sa portée ne laisse guère de doutes : l'objet de l'obligation irréversiblement et définitivement éteint par l'impossibilité permanente de son exécution, la constatation de la caducité s'impose ».

12. — *Le caractère « manifeste » de l'abus
ou de la fraude*

L'abus de droit suppose l'exercice d'un droit qui dépasse *manifestement* les limites de son exercice normal par une personne prudente et diligente, enseigne notre Cour de cassation (84). En d'autres termes, il ne suffit plus que le bénéficiaire sorte de l'exercice normal de son droit, il faut encore que ce dépassement soit manifeste. En matière de garantie autonome, l'appréciation du caractère manifeste sera d'autant plus difficile que, par définition, la garantie autonome a pour fonction de mettre à disposition du bénéficiaire, une sûreté « liquide » couvrant tous les risques d'incertitude d'existence d'une quelconque obligation de la part du donneur d'ordre.

Ce ne sera donc que dans des cas exceptionnels que sera admis l'abus de droit. On conçoit dès lors que la jurisprudence ait fait sienne la célèbre affirmation de M. Vasseur : « il faut que le caractère abusif de la demande 'crève les yeux' » (85). « Ce n'est lorsqu'il est d'évidence sans droit qu'il faut reporter la prétention du bénéficiaire » (86).

Tout doute même minime sur la parfaite exécution des obligations du donneur d'ordre justifie qu'il ne soit plus fait objection à la demande de paiement du bénéficiaire (87). A ce propos, on ne peut que suivre la Cour de cassation française qui sanctionne pour défaut de base légale une cour d'appel « *qui pour faire défense à la banque de payer une garantie à première demande se fonde sur les conditions d'exécution du contrat liant le donneur d'ordre au bénéficiaire desquels elle a déduit que les désordres constatés ne mettaient pas en cause le matériel fourni,*

(84) Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, 28 ; P.-A. FORIERS (art. cité, *R.C.J.B.*, 1994, n° 9) parle à ce propos de contrôle marginal (marginale toetsing).

(85) Cass. fr., 10 juin 1986, *D.*, 1987, I., p. 17. note M. VASSEUR.

(86) L. SIMONT-A. BRUYNEEL, *chron. citée, Rev. Banque*, 1989, p. 527. Cfr également, cet attendu du tribunal de commerce de Bruxelles : « *Lorsque ni l'existence d'une faute du donneur d'ordre à l'égard du bénéficiaire, ni l'existence d'une faute du banquier garant à l'égard du banquier contre-garant -- à supposer qu'il s'agisse d'un comportement fautif que le donneur d'ordre pourrait invoquer -- ne sont prouvées avec suffisamment d'évidence, une mesure d'interdiction de payer une contre-garantie, qui serait de nature à porter un préjudice certain au crédit international de la banque contre-garante, ne se justifie pas* » (Trib. comm. Bruxelles, 30 janv. 1990, *D.*, 1990, Somm., p. 209, obs. M. VASSEUR).

(87) « Le fait même apparemment établi que le donneur d'ordre a rempli toutes ses obligations n'est pas suffisant pour justifier une défense de payer. Il faut qu'il n'existe 'aucun doute' » (Cass. fr., 11 décembre 1985, *D.*, p. 283 ; Comm. Nanterre, 14 mars 1991, *D.*, 1991, Somm., p. 241, obs. M. VASSEUR).

sans caractériser l'existence d'une fraude ou d'un abus manifeste de l'appel de la garantie autonome » (88).

En fait, on ajoutera que « le fait que le donneur d'ordre ait rempli une grande partie de ses obligations envers le bénéficiaire n'est pas de nature à dispenser les banques contre-garantes de l'exécution intégrale de leur engagement, dès lors que celui-ci n'est assorti d'aucune clause de réduction progressive » (89) (90). « En décider autrement équivaldrait à réécrire les termes de l'accord entre les parties en ce qui concerne la garantie » (91).

13. — *Qui apprécie le caractère manifeste de l'abus ?*

L'appréciation du caractère manifeste de l'abus est chronologiquement d'abord le fait du banquier. Au-delà elle peut être déferée, dans le cadre d'une procédure d'urgence, à la compétence présidentielle statuant en référé. Enfin, le paiement par le garant ayant eu lieu, elle peut être l'objet d'un jugement au fond mettant en cause la responsabilité du banquier.

Fondamentalement, il apparaît que le devoir d'investigation du banquier pour déterminer le caractère manifeste de l'abus est moins étendu que celui du juge des référés. « *Le banquier est le plus souvent mal placé pour se rendre compte de (l'abus ou (*)) de la fraude... il ne dispose, s'agissant de garanties à première demande que de peu de documents et il ne peut en conséquence du principe de stricte neutralité bancaire sur lequel repose tout le mécanisme de la garantie (92) asseoir sa conviction sur les allégations du donneur d'ordre ou sur des pièces que celui-ci produirait unilatéralement... Contrairement au banquier, le président pourra procéder à une instruction sommaire laquelle, le cas échéant, fera apparaître une fraude ou un abus que l'examen du banquier n'avait pas permis de déceler* » (93).

(88) Cass. fr., 7 juin 1994, *J.C.P.*, 1994, éd. E., II, p. 602, J. STOUFFLET.

(89) Sur la clause de réduction progressive, *infra*, n° 16.2.

(90) Paris, 2 mars 1990. *D.*, 1990, Somm., p. 209, obs. M. VASSEUR.

(91) Court of Appeal 24 février, 1984. *Potton v. Homes*, [1989], 28 Bull. L.R., p. 19. (*) Nous ajoutons.

(92) A ce propos nos réflexions in *La garantie automatique : Présentation de quelques décisions récentes*, *R.D. Comm.*, 1982, p. 650, n° 15.

(93) C. MARTIN et M. DELLERNEUX, *op. cit.*, n° 144. Cfr également L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *Chr. citée*, p. 528 : « le degré d'évidence de la fraude ou de l'abus varie

Mais avant d'analyser les rares cas de responsabilité du banquier pour paiement indu et l'ampleur du devoir d'instruction du juge des référés, quelques considérations sur le devoir d'information du banquier vis-à-vis du donneur d'ordre avant de procéder au paiement s'avèrent nécessaires ; c'est en effet bien souvent à la diligence du donneur d'ordre que le banquier ou le juge des référés seront amenés à examiner la présence d'une fraude ou d'un abus manifeste.

14. — *Le préalable. Le devoir d'information du banquier avant paiement*

Même s'il n'est consacré par aucun texte (94), le devoir d'information du banquier auprès du donneur d'ordre se fonde sur le devoir de bonne foi qui doit présider aux relations entre un banquier diligent et prudent et son client (95).

Certes des clauses contraires dans le contrat conclu avec le donneur d'ordre peuvent dispenser le banquier de ce devoir, le président du tribunal de commerce de Charleroi a eu même à connaître d'une clause présente dans le contrat conclu cette fois avec le bénéficiaire par laquelle le bénéficiaire exigeait le paiement sur base de documents et ce sans en référer au donneur d'ordre (96).

15. — *La responsabilité du banquier pour paiement indu*

Les cas de mise en cause de responsabilité du banquier pour paiement d'une garantie nonobstant une demande abusive du

selon que cette évidence doit être appréciée par le banquier ou par le président du tribunal siégeant en référé ».

Il est étonnant de ne point retrouver cette distinction dans la doctrine étrangère.

(94) Même si la prescription d'un tel devoir est souhaitée par certains auteurs. Ainsi, M. CABRILLAC et C. MOULY, *Traité cité*, p. 357, n° 459 : « Obtenir que la banque avertisse le donneur d'ordre de la demande de paiement dont elle est l'objet ».

(95) L. SIMONT, *chron. citée*, p. 527, n° 9 ; C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, pp. 125 et s. ; F. LOGOZ, *op. cit.*, pp. 86-86.

Avec les références en droit comparé, *contra*, au nom de l'indépendance de la garantie, M. VASSEUR, *V° Garanties indépendantes*, *Dalloz, Rep. dr. comm.*, 1984, n° 102 ; J. KLEINER, *Bankgarantie*, 3^e édit., Zurich, p. 143.

En Suisse, la jurisprudence (Cour de Justice de Genève, 17 mai 1984, *S.J.*, 1984, p. 458) prescrit même un délai de trois jours au paiement par la banque afin de permettre au donneur d'ordre de saisir un tribunal.

(96) Prés. trib. comm. Charleroi (réf.) 22 juin 1984, *R.R.D.*, 1985, p. 73, note Y. POULLET.

donneur d'ordre sont rares, même si la doctrine de manière unanime en affirme le principe (97). Cette situation s'explique aisément dans la mesure où l'abus de la garantie est, eu égard à la fonction de la garantie, rarement établi par les rares documents en possession du banquier (98).

On signalera deux cas (99) : le premier concerne l'appel d'une garantie de soumission alors même que les pourparlers avaient été interrompus et que la Banque émettrice de la garantie de soumission s'était vu confirmer par le bénéficiaire qu'aucune autre intervention ne lui serait demandée (100). La banque fut condamnée au remboursement des sommes qu'elle avait indûment débitées au donneur d'ordre.

Le second cas aboutit à une condamnation non seulement au remboursement du donneur d'ordre mais également à des dommages et intérêts. La banque garante avait payé une garantie d'exécution, alors même que le bénéficiaire avait refusé d'ouvrir auprès de cette banque le crédit documentaire promis pour le paiement des marchandises fournies par le donneur d'ordre, obligation correspondante lui incombant et condition essentielle pour la conclusion de l'opération (101).

Ceci dit, on regrettera que la doctrine distingue rarement le devoir de la banque de refuser le paiement de la garantie, des hypothèses distinctes où le juge des référés interdira le paie-

(97) En droit allemand, l'affirmation est unanime depuis K. PLEYER (*Die Bankgarantie im zwischenstaatlichen Handel*, W.M. Beilage, n° 2/1973, p. 18) ainsi P. MULBERT. *Missbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz*. Thèse, Tübingen, 1985, pp. 53-54, etc...

En droit suisse, notamment, J. DÖHM, *op. cit.*, p. 117.

En droit français, notamment, Ph. SIMIER, *op. cit.*, 734.

En droit italien, notamment, G.B. PORTALE, art. cité.

« De manière absolument unanime, il est posé en règle que la banque peut et doit refuser de payer lorsque la demande du bénéficiaire est manifestement abusive... » (C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *op. cit.*, n° 144).

(98) Cfr à cet égard, *supra*, n° 13.

(99) Dans la chronique de jurisprudence précitée (B.B. e 'Tit. di Cred., 1982, p. 411), quelques autres cas sont développés.

Dans la jurisprudence allemande, OLG Frankfurt 27 avril 1987, W.M., 1988, p. 1480 à propos d'un contrat de vente de docks et de grues.

(100) Trib. comm. Lyon, 3 juillet 1991, *D.*, 1993, Somm., p. 100, obs. M. VASSEUR : « La banque qui a refusé de considérer qu'il y avait abus manifeste par souci de préserver sa crédibilité acquise à l'étranger et qui a payé en dépit de l'assignation en référé reçue du donneur d'ordre, alors qu'elle aurait dû refuser, ne pouvait en débiter le montant au donneur d'ordre, et ayant débité celui-ci, lui en doit le remboursement ».

(101) Trib. comm. Paris, 14 décembre 1990, *D.*, 1991, Somm., P. 201, obs. M. VASSEUR.

ment, sans que l'on puisse pour autant mettre en cause la responsabilité de la banque pour ne pas accomplir son devoir d'examen sommaire.

« *Ce n'est que si l'abus ou la fraude doit lui apparaître 'prima facie' sans qu'il soit tenu à cet égard à aucune investigation quelconque, que le banquier commet une faute en payant en dépit de cette fraude ou de cet abus* » (102).

16. — *L'examen sommaire par la juridiction des référés*

L'objet et les limites de l'examen sommaire auquel peut procéder la juridiction des référés seront amplement développés par un autre exposé (103). Rappelons simplement le principe et examinons son application dans quelques cas récents de jurisprudence.

Deux décisions luxembourgeoises (104) déjà anciennes rappellent en effet les limites du pouvoir d'investigation du juge. Les juges doivent procéder « *sans requérir la production de preuves supplémentaires, ou procéder à des mesures d'instructions, ni appeler des tiers à la cause* ». En d'autres termes, le juge ne pourra accueillir que des éléments « liquides » (105) et tangibles (106)

(102) L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *Chron. citée*, n° 9. A ce propos, la décision grenobloise du 12 novembre 1987 (Banque 1988, 234, obs. RIVES-LANGE) qui estime que la banque ne saurait être tenue pour responsable alors qu'ayant avisé immédiatement le donneur d'ordre de l'appel, ayant différé le paiement de quelques jours, le donneur d'ordre l'avait simplement informée qu'il allait recourir à la justice pour faire interdire le paiement sans autre explication ni action.

(103) A cet égard, les réflexions de M^{me} HOUSSA, *infra*, p. 210.

(104) Trib. comm. Lux., 27 nov. 1980, *D.*, 1981, I.R., p. 504, obs. M. VASSEUR et sur appel, Lux., 16 mars 1983, *D.*, 1983, I.R., p. 299, obs. M. VASSEUR.

(105) Selon l'expression allemande « liquide Beweismitteln », utilisée in BGH 12 mars 1984, W.M., 1984, 689, BGH 29 sept. 1986, W.M., 1986, p. 1429. A ce propos, en doctrine notamment, K.W. CANARIS, *op. cit.*, Anm. 1139, p. 777, GRAF VON WESTPHALEN, *op. cit.*, p. 284 : « liquide, d.h. ausserhalb jeden vernünftigen Zweifels — und damit der Sache nach : ohne Beweisaufnahme ». Les auteurs italiens parlent de « prova liquida » ou « pronta » (Pres. Milano, 28 juin 1982, B.B.e Tit. di Cred., 1983, II, p. 115) : Dans la doctrine, G.B. PORTALE, art. cité, p. 21.

(106) Selon l'expression utilisée par le tribunal de commerce de Paris, 10 janvier 1989, *D.*, 1990, Somm., p. 201, obs. M. VASSEUR.

A noter également l'expression utilisée par MM. 't KINT et DERIJCKE (*op. cit.*, n° 47, p. 468) et reprise par le président du tribunal de commerce de Verviers (inédit repris en annexe), le 8 février 1996 : « il faut qu'il soit 'clair comme de l'eau de roche' que le bénéficiaire n'a pas la moindre apparence de droit à réclamer la somme postulée, le plus petit doute devant profiter au bénéficiaire ».

conduisant à une évidence de fraude et non à un simple risque de fraude (107).

L'examen de quelques décisions ayant admis l'abus et prononcé l'interdiction témoigne de cette possibilité de prendre en considération des faits ou documents attestant à coup sûr l'inexistence de tout droit du bénéficiaire.

Ainsi, on cite volontiers la décision de la Cour de cassation française en date du 10 juin 1986 (108). Dans cette affaire, le paiement de la garantie de bonne foi était réclamé. Le donneur d'ordre obtint l'interdiction de paiement, en produisant les certificats de terminaison de travaux à 100 % émis par un expert désigné par le bénéficiaire, les certificats de paiement établis par l'ingénieur conseil et le service comptable de ce dernier et des factures encore impayées à charge du bénéficiaire pour des travaux supplémentaires.

Une des premières décisions belges est plus scrupuleuse encore. Le président du tribunal de commerce de Bruxelles, le 15 janvier 1980 (109) interdit le paiement d'une garantie de restitution d'acompte donnée à l'appui d'un contrat de fournitures de câbles d'acier destinés à la construction de l'aéroport de Djeddha. Une partie importante des prestations était sous-traitée à une entreprise française. Les dénominations des contrats de sous-traitance et de fournitures furent opérées le même jour. Le sous-traitant français et le bénéficiaire arabe recouraient au même conseil juridique. La qualité des fournitures et leur réception par le bénéficiaire étaient attestées par des documents remis dans le cadre du crédit documentaire ouvert pour le paiement de celles-ci. Bref, tous ces indices sont apparus suffisants au président bruxellois pour affirmer de la « collusion frauduleuse » entre le bénéficiaire et le sous-traitant visant à évincer l'exportateur belge.

Une décision tout aussi ancienne du *Landsgericht* de Dortmund (110) mérite également d'être citée. Une entreprise alle-

(107) C'est sur ce point que la Cour d'appel de Paris le 15 fév. 1989 (*D.*, 1989, Somm., p. 159, obs. M. VASSEUR) devait infirmer le raisonnement du tribunal de commerce de Paris du 29 sept. 1988 (*Banque*, 1988, p. 1164, obs. J.-L. RIVES-LANGE).

(108) Cass., 10 juin 1986. *D.*, 1987, J., p. 17. On relèvera qu'en l'occurrence, l'interdiction fut faite au contre-garant français.

(109) *J.C.B.*, 1980, I, p. 147.

(110) *L.G. Dortmund*, 9 juillet 1980, *W.M.*, 1981, 280.

mande conclut un contrat portant sur la vente et fourniture de sept élévateurs à une organisation portuaire iranienne. L'opération était couverte par une garantie de bonne fin qui fut appelée. Le donneur d'ordre, l'entreprise allemande, démontra par la signature du bénéficiaire au bas du protocole de livraison, sa parfaite exécution du contrat sous réserve du vol de pièces annexes d'une valeur dérisoire au regard du montant de la garantie et de l'opération. L'entreprise produit également une lettre par laquelle elle offrait un règlement à l'amiable de l'incident considéré par les deux parties comme mineur, lettre restée sans réponse du bénéficiaire iranien. Au vu des pièces produites, le Landsgericht estima l'appel manifestement abusif.

17. — *Dans le chef de qui
faut-il établir la fraude ou l'abus manifeste ?
Le problème particulier de la contre-garantie*

La question de la contre-garantie sera évoquée plus longuement à un autre endroit de cet ouvrage (111). Qu'il soit simplement permis de noter ici un « revirement » heureux de la jurisprudence française, comme l'a qualifié A. Prüm (112).

Traditionnellement, la jurisprudence et la doctrine françaises considèrent que seule la preuve d'une collusion frauduleuse du bénéficiaire et du garant lors de l'appel au paiement de la contre-garantie justifie l'interdiction de payer adressée au contre-garant (113).

« Certains auteurs (114) ont voulu voir un renversement de jurisprudence à cet égard dans la décision de la Cour de cassation du 10 juin 1986 (115). Dans cette affaire, un bénéficiaire iranien

(111) A ce propos, cfr les réflexions de Mr A. PRÜM, *infra*, p. 231.

(112) A. PRÜM, note sous Cass., 12 déc. 1995. *J.D.L.*, 1995, pp. 677 et s.

(113) « Il s'agit en tout cas, de plus que la simple connaissance par la banque garante de premier rang, appelant la contre-garantie, de la fraude ou de l'abus commis par le bénéficiaire, puisqu'il faut qu'en plus, en parfaite conscience de la faute ou de l'abus, la banque garante de premier rang mette en jeu la contre-garantie » (M. VASSEUR, note sous Cass. fr., 10 juin 1986, *D.* 1987, p. 17).

(114) J.-L. RIVES-LANGE, « Chronique de jurisprudence bancaire », *Banque*, 1986, pp. 711 et s.; M. CONTAMINE-RAYNAUD, « Garanties bancaires », *Rev. dr. bancaire*, 1987, pp. 18 et s.

(115) C. cass., ch. com., 10 juin 1986, Banque Tejarat, Société nationale iranienne et Etat iranien c/ S.A. Piple-line Service et Banque de Paris et des Pays-Bas, *D.*, 1987, J 17.

avait demandé le versement d'une garantie indirecte de bonne fin, alors qu'il avait établi des certificats de terminaison des travaux à 100 %, que des certificats de paiement approuvés par son ingénieur-conseil et son service comptable avaient également été établis, sans toutefois être payés et que de plus, des factures non contestées pour des travaux supplémentaires étaient encore laissées impayées. L'appel était donc sans aucun doute abusif. La Cour de cassation interdit le paiement de la garantie, mais sans se poser la question de la collusion du garant de premier rang » (116).

La Cour de cassation devait cependant réitérer sa position restrictive par une décision du 29 mars 1994 (117).

« Une cour d'appel justifie légalement sa décision en déclarant qu'en raison de l'autonomie de la garantie par rapport à la contre-garantie, le caractère abusif, à le supposer établi, de l'appel à la garantie de premier rang effectué par le bénéficiaire ne rendrait pas nécessairement, par répercussion, abusif l'appel à la contre-garantie auquel a procédé la banque garante de premier rang, mais qu'il faudrait encore démontrer l'existence, au moment de l'appel de la contre-garantie, d'une collusion frauduleuse manifeste entre la banque garante de premier rang et le bénéficiaire de la garantie, la preuve d'un tel concert, dont la charge incombe au donneur d'ordre, n'étant rapportée en aucune manière, celui-ci notamment, n'établissant pas que la banque garante de premier rang ne serait qu'une émanation du ministère bénéficiaire et que cette qualité serait constitutive de fraude ou aurait été à l'origine d'une fraude ».

Une décision du 12 décembre 1995 devait réanimer le débat :

« Seule la preuve de la connaissance par la banque garante de la réalité du caractère manifestement abusif de l'appel de la garantie permet de justifier une interdiction de paiement ordonnée à la banque garante » (118).

(116) F. LOCOZ, *op. cit.*, p. 175.

(117) Cass. fr., 29 mars 1994, *D.*, 1995, Somm., p. 20, obs. M. VASSEUR, *J.C.P.*, 1994, éd. E, I, 378, n° 22 obs. C. GAVALDA.

(118) Cass. fr., 12 déc. 1995, *J.D.I.*, 1996, p. 675, obs. A. PRÜM.

A. Prüm résume comme suit les faits à l'origine de la décision.

« A l'origine du litige se trouvent les faits suivants. Trois sociétés, souhaitant prendre le contrôle de la Société L., ratifièrent avec son principal actionnaire, la société espag-

Il s'agit en effet de savoir pourquoi l'exigence d'une collusion frauduleuse se justifie véritablement et pourquoi ne pas se contenter d'une appréciation de la bonne ou mauvaise foi du garant (119). Ne suffit-il pas de démontrer que l'appel du garant de premier rang parce qu'il connaissait ou devait connaître l'abus du bénéficiaire était lui-même abusif ? Cette théorie du « double abus » largement développée par la doctrine et jurisprudence allemandes (120) et suisses (121) est également suggérée par notre doctrine (122) et jurisprudence.

nole T., une promesse d'acquisition de sa participation. La promesse prévoyait la passation de l'acte de vente définitif avant le 31 décembre 1991, mais réservait aux promettants la faculté de se rétracter au cas où il s'avérerait, avant cette échéance, que la société concernée aurait subi des pertes trop importantes. En outre, l'acte stipulait le paiement d'une pénalité incombant aux promettants si la vente n'était pas conclue pour un motif non-imputable à la société T. La Banco exterior de España — intervenant sur les instructions et sous la contre-garantie de la B.F.C.E., banque de ces mêmes promettants — garantissait cette pénalité.

Ultérieurement, un audit de la Société L. révélait des pertes sensiblement supérieures au seuil accepté par les promettants. Ces derniers décidèrent de dénoncer leur offre et en informèrent la Banco exterior de España. Malgré ce, la société T. mit la banque en demeure de s'exécuter en attestant, comme l'y invitait l'acte de garantie, « que le contrat de cession n'avait pas été signé au 31 décembre 1991 et ceci pour une cause non-imputable à une non-exécution de sa part ». Après en avoir averti la B.F.C.E., la Banco exterior de España honorait son engagement et mettait en jeu sa contre-garantie. Inquiets de devoir, à leur tour, couvrir un paiement qu'ils estimaient totalement injustifié, les promettants s'opposèrent, d'abord en référé puis devant les juges du fond au règlement de la contre-garantie.

La Cour d'appel de Versailles, le 1^{er} décembre 1988, avait dans le même sens noté que si le garant « ne pouvait ignorer les causes et les responsabilités de l'interruption des travaux, ni le caractère arbitraire de l'appel à la garantie en raison du caractère univoque de la raison évoquée », l'appel à la contre-garantie était lui-même abusif (*D.*, 1989, Somm., p. 155, obs. M. VASSEUR).

(119) Sur cette interrogation, les réflexions de M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, n° 473.

(120) A ce propos, les thèses de MCLBERT (*op. cit.*, pp. 85-88) : « Il n'y aurait un appel abusif à la contre-garantie que dans le cas où le garant de premier rang a connaissance de la possibilité de refuser le paiement, soit en d'autres termes, lorsqu'il sait que le droit de fond, qui régit la garantie de premier rang, permet de refuser le versement et que les moyens de preuve dont il dispose sont suffisants pour gagner un procès contre le bénéficiaire ». Cfr également von WESTPHALEN (Irak embargo und die Inanspruchnahme von Bankgarantien, E.W.S., 1990, p. 207).

Dans la jurisprudence, en particulier. BGH, 24 1983, Z.I.P., 1984, p. 32 où le BGH refuse de déclarer abusif l'appel à la contre-garantie dans la mesure où il n'est pas prouvé que le garant connaissait ou pouvait connaître l'abus du bénéficiaire.

(121) En droit suisse, Cfr B. KLEINER, *Bankgarantie*, 4^e éd., Zurich, n° 21.70 : dans la jurisprudence, Cour civile, Canton de Vaud, 18 février 1987, inédit, cité par F. LOGOZ, *op. cit.*, p. 158. Obergerichtshof Zurich, 9 mai 1985, Z.R., 1986, p. 44 et s.

La Cour de justice de Genève développe une position plus souple encore puisqu'elle efface toute distinction entre garantie et contre-garantie, en considérant que la seule considération de l'abus manifeste du bénéficiaire suffit à paralyser la contre-garantie (sur cette jurisprudence, F. LOGOZ, *op. cit.*, pp. 159 et s.).

(122) De manière générale la doctrine belge juge que le critère de la collusion frauduleuse est trop restrictif. A ce propos, Y. POULLET, *thèse citée*, p. 235 ; J. VAN RYN et

Ainsi, dans l'ordonnance présidentielle bruxelloise du 26 mai 1988 (123), une garantie indirecte avait été accordée à une banque égyptienne dans le cadre d'un contrat de vente de soude caustique à un acheteur égyptien. Ce contrat de vente faisait suite à un premier contrat ayant le même objet mais résilié pour défaut, par l'exportateur belge, de respecter les clauses du contrat. Nonobstant une apparente bonne exécution du second contrat, le bénéficiaire fit cependant appel à la garantie, qui répercuta l'appel sur la contre-garantie. Selon le président du tribunal bruxellois, saisi par le donneur d'ordre, l'appel à la garantie était motivé dans le chef du bénéficiaire par la volonté d'obtenir des indemnités complémentaires dans le cadre de la résiliation du premier contrat.

Le président soutient en outre que la banque de premier rang *ne pouvait pas ignorer, savait ou devait savoir* que l'appel était abusif, car elle savait depuis des mois que le donneur d'ordre réclamait les justifications de l'appel. Sur cette base, il interdit à la banque contre-garante tout paiement.

A. Prüm (124) apporte à cette théorie du double abus son soutien. Elle lui apparaît conforme aux textes de la récente convention de la CNUDCI (125) et à l'évolution de l'application du principe «*fraus omnia corrumpit*» dans des institutions parallèles, en matière d'actions pauliennes ou de lettre de change (126). Elle s'harmonise en tout cas — c'est du moins notre opinion — avec l'extension, unanimement défendue à propos de la garantie, de la notion de fraude à celle d'abus. Ne

J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2^e éd., Bruxelles, 1988, vol. IV, n° 659. « S'il est établi que la banque de premier rang a payé le bénéficiaire ou fait appel à la garantie à un moment où elle avait incontestablement connaissance des faits impliquant la fraude (ou de l'abus) manifeste du bénéficiaire, le donneur d'ordre peut s'opposer à l'exécution de la contre-garantie et la banque contre-garante peut elle-même refuser de payer ».

(123) Prés. trib. comm. Bruxelles (réf.), 26 mai 1988. *D.*, 1989, Somm., p. 153, obs. M. VASSEUR : cfr *Rev. Banque*, 1990, p. 167, note F. de LY, Trib. comm. Bruxelles (réf.), 30 janv. 1990, *D.*, 1990, Somm., p. 209, obs. M. VASSEUR où le juge estima qu'il n'y avait pas abus manifeste du bénéficiaire connu ou susceptible d'être connu par le garant.

(124) A. PRÜM, note sous Cass. 12 déc. 1995, *J.D.I.*, 1995, p. 677 et s.

(125) Convention des Nations Unies déjà citée, art. 19-2 c).

(126) A propos de l'action paulienne, A. PRÜM écrit (p. 681) : « Après avoir soumis pendant de longues années l'action menée contre le contractant, à titre onéreux, du débiteur malhonnête à la preuve d'une réelle complicité frauduleuse entre les deux, la jurisprudence paraît se satisfaire aujourd'hui également de la seule connaissance par le premier du préjudice causé par l'acte frauduleux ».

faut-il pas de même envisager l'extension de la notion de collusion frauduleuse à celle du double abus ? (127)

Lié à cette question des limites de l'abstraction de la contre-garantie, est soulevé le problème des devoirs d'information du garant vis-à-vis du contre-garant lors de son appel à la contre-garantie. Le garant peut-il appeler le contre-garant sans apporter la preuve de son propre paiement ou du moins de l'appel de la garantie par le bénéficiaire final ?

L. Simont (128) a bien montré le caractère injustifiable d'une exigence qui porterait sur la preuve par le garant de son propre paiement (129). C'est précisément, dans la mesure où il souhaite être couvert du risque que représente le paiement au bénéficiaire que le garant a exigé et obtenu une contre-garantie. Par contre, l'exigence d'une preuve de l'appel à la garantie par le bénéficiaire qui suspectait un abus du garant ou du bénéficiaire apparaît justifiée au nom du principe de bonne foi dans les relations contractuelles du garant et du contre-garant. Cette preuve peut être communiquée d'office par le garant, soit communiquée à la demande du contre-garant. La communication d'un tel document permettrait plus facilement au donneur d'ordre voire au banquier contre-garant de se convaincre et de convaincre le juge du double abus voire de la fraude (130).

(127) A propos de la lettre de change, A. PRUM écrit (*ead. loco*) : « ... le bénéfice de l'inopposabilité des exceptions se trouve réservé aux seuls porteurs dont la bonne foi ne fait aucun doute, sans que l'on doive les accuser d'un comportement réellement frauduleux ».

(128) L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *chron. citée*, p. 529.

(129) C'est ce que prétendait J. STOUFFLET (« La garantie bancaire à première demande », *J.D.L.*, 1987, p. 276).

(130) *Contra* : le commentaire de VASSEUR (sous Cass. fr., 27 novembre 1984, *D.*, 1985, note VASSEUR) : « en réalité si la Cour de cassation avait été amenée à prendre position sur ce point, il n'apparaît pas douteux, eu égard à l'autonomie de la contre-garantie par rapport à la garantie de premier rang, qu'il doit être jugé que le garant qui justifie de l'appel à la contre-garantie n'a pas à justifier de l'appel à la garantie de premier rang par le bénéficiaire, ni du paiement de cette garantie, à moins que l'acte de contrepartie n'ait fait état de ces exigences. Plus nuancé, A. PRUM, *op. cit.*, p. 152.

18. — *De l'examen de deux cas particuliers.*
La prorogation et les garanties dites glissantes

18.1. *La prorogation*

On connaît la pratique fréquente des demandes de prorogation émises par les bénéficiaires à l'endroit des garants, ces demandes sont généralement appuyées par une demande ferme de paiement au cas où la prorogation ne pourrait être obtenue (131).

Il ne peut être question de considérer ces demandes de prorogation comme une preuve en soi de l'abus de droit de la part du bénéficiaire. La fonction de la garantie est de couvrir le bénéficiaire contre tous les aléas d'une opération commerciale financière ou industrielle. Or il est fréquent que le retard mis à l'achèvement des travaux, la poursuite des négociations expliquent la prorogation. La demande de prorogation n'est donc pas, loin s'en faut, un moyen de chantage. Même appuyée par une demande de paiement, sous réserve d'abus manifeste, elle doit être considérée comme normale (132).

Ceci dit, le banquier reste libre (133), sauf s'il s'y est engagé préalablement vis-à-vis du donneur d'ordre, de refuser la prorogation (134). Certes, ce droit est fort hypothétique dans la mesure où l'absence de prorogation équivaut à une obligation de payer, selon la formule « Prorogez ou Payez » (135).

(131) Selon la formule « Prorogez ou Payez » (« Extend or Pay »).

(132) « L'offre faite aux donneurs d'ordre de substituer de nouvelles garanties, même d'un montant plus élevé que les précédentes ne peut être regardée comme un chantage destiné à obtenir des avantages supérieurs à ceux contractuellement stipulés, mais seulement comme une tentative de solution amiable » (Paris, 1^{er} oct. 1986, *D.*, *Somm.*, 171, obs. M. VASSEUR).

(Cf également Paris, 22 nov. 1985, *D.*, 1987, *Somm.*, 171, obs. M. VASSEUR.

En ce sens, également J. STOUFFLET, « La lettre de garantie internationale », *J.D.I.*, 1987, p. 265, n° 28.

(133) La doctrine et jurisprudence sont unanimes à ce propos. (Cf notamment, Ph. SIMLER, *op. cit.*, p. 725, n° 909 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, *Traité cité*, n° 439 ; Graf von WESTPHALEN, *op. cit.*, p. 183.

(134) M^{me} REGOUT-MASSON (note sous Prés. comm. Bruxelles, 30 oct. 1984, *R.D.Comm.*, 1985, 572) défend l'idée d'une obligation du banquier tenu par son devoir de bonne foi envers le donneur d'ordre.

(135) La jurisprudence française a jugé autrement à plusieurs reprises mais son argumentation apparaît peu conforme au texte clair des demandes adressées. Cf Paris, 23 juin 1995, *J.C.P.*, 1995, éd. E., II, p. 209 : « L'appel de contre-garantie, qui ne portait que sur une demande de prolongation ou paiement ne saurait constituer un appel ferme et non équivoque de mise en jeu immédiate » : Cass., 24 janvier, 1989, *J.C.P.*, 1990,

On ajoutera que si le banquier proroge, il doit s'assurer de l'accord du donneur d'ordre. Toute prorogation sans cet accord est constitutive de faute même si comme le constate la cour d'appel de Paris (136), le donneur d'ordre serait malvenu à attaquer en responsabilité une banque, faute de préjudice, dans la mesure où le refus de proroger aurait automatiquement entraîné un devoir de paiement de la banque et par suite de l'obligation du donneur d'ordre de rembourser cette dernière.

18.2. *Les garanties « glissantes » ou à montant dégressif suivant l'avancement des travaux*

Certaines garanties en particulier de restitution d'acomptes contiennent une clause dite de réduction au fur et à mesure de l'avancement des travaux. Le principe de telles garanties est louable puisqu'il s'agit de tenir compte de la bonne exécution du contrat pour réduire d'autant la garantie correspondante. Cependant, la mise en œuvre de telles garanties peut s'avérer délicate dans la mesure où ne sont pas prévues des mesures faciles de vérification de l'avancement des travaux et une automaticité de la réduction en fonction de la production des documents attestant l'avancement des travaux.

Il va de soi que si de tels documents ont été prévus et l'automaticité garantie, l'appel à l'entière du montant de la garantie nonobstant la présentation par le donneur d'ordre de documents conformes à ceux exigés doit être considéré comme abusif même si le devoir de paiement subsiste pour la partie non libérée. C'est ce que décide à juste titre le tribunal de commerce de Paris le 7 février 1989 (137) :

« La garantie de bonne fin à première demande doit être libérée à concurrence de 50 %, dès lors que le donneur d'ordre verse aux débats le certificat de performance délivré par le bénéficiaire et prévu par une clause de réduction claire et précise ;

éd. G., II, 21425. obs. MATTOUT et PRUM. Ces arrêts estiment qu'un appel plus explicite au paiement suite au refus de prorogation était nécessaire.

(136) Paris, 12 oct. 1989. *D.*, 1990, Somm., p. 205. obs. M. VASSEUR.

(137) *D.*, 1990, Somm., p. 207. obs. M. VASSEUR.

Il doit être fait interdiction de payer la contre-garantie à due concurrence, dès lors que l'appel d'une garantie devenue caduque pour moitié est abusif ;

Le caractère autonome et inconditionnel de l'engagement de garantie à première demande n'autorise pas le juge à connaître de l'exécution du contrat de base et, notamment de la levée de réserves ».

« Il n'y a donc pas lieu de faire défense à la banque contre-garante de payer la seconde moitié du montant de la garantie, dès lors que n'a été signé aucun procès-verbal de réception définitive des travaux, réception à laquelle l'entière libération de la garantie est subordonnée, et que, si le donneur d'ordre prétend que toutes les réserves ont été levées, il n'est pas établi que le refus du bénéficiaire de signer le procès-verbal de réception définitive procéderait d'une fraude manifeste ».

A l'inverse, si la réduction n'est accordée que dans la mesure où le bénéficiaire atteste de l'avancement des travaux, le donneur d'ordre ne pourra, sauf preuve d'un abus manifeste, s'opposer au paiement de la totalité de la garantie, à défaut de cette attestation et ce, nonobstant l'exécution partielle du contrat. La garantie glissante ne peut être interprétée, nonobstant la référence au contrat de base et à son exécution, comme un cautionnement accessoire, note la Cour de cassation française dans deux arrêts en date du 5 décembre 1989 (138) :

« La Cour d'appel, en énonçant que, malgré son défaut d'automatisme, la clause de réduction n'écarte pas l'autonomie attachée à la garantie comme à la contre-garantie, fait ressortir à juste titre, excluant l'existence d'un cautionnement, qu'une telle clause n'enlève pas à l'engagement le caractère de garantie payable à première demande » ;

« Après avoir relevé que la lettre de garantie invite le bénéficiaire à aviser la banque garante de premier rang de toute réduction du montant de la garantie et que le maître de l'ouvrage n'a jamais donné un tel avis, c'est hors de toute dénaturation que la cour d'appel décide que la garantie a été régulièrement appelée et que la banque garante de premier rang est fondée à appeler la

(138) *D.*, 1990, Somm., pp. 207-208, obs. M. VASSEUR, *Rev. dr. bancaire*, 1990, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD.

contre-garantie, dès lors que, concernant la clause d'ajustement, aucune obligation n'incombe à la banque garante et que la société donneur d'ordre n'a pas établi la véracité de ses allégations, selon lesquelles la banque garante de premier rang aurait eu connaissance du caractère manifestement abusif de l'appel de garantie ».

CHAPITRE III. — LES EXCEPTIONS

TIRÉES DE LA VIOLATION PAR LA CONVENTION DE BASE DE DISPOSITIONS D'ORDRE PUBLIC

19. — *Ordre public dans le commerce international*

Traditionnellement, la question des effets de la violation par la convention de base de dispositions d'ordre public a été étudiée dans le cadre d'opérations du commerce international.

L'enseignement doctrinal est unanime à cet égard. L'autonomie de la garantie n'exclut pas que celle-ci puisse à l'occasion de l'illicéité de la convention de base être elle-même illicite. La doctrine cite de manière classique les exemples de garanties couvrant un marché « de contrebande, de mise en culture du pavot et de sa transformation, de transactions ayant pour but de violer des dispositions de nature monétaire ou fiscale... » (139).

Ainsi les seules hypothèses évoquées par la doctrine sont celles où la violation touche l'ordre public international, c'est-à-dire un ordre public qui s'impose à tous, peu importe leur nationalité (140).

Outre le fait que l'illicéité doit être comprise dans un sens restreint, la seule illicéité qui soit susceptible d'affecter la garantie est celle qui affecte le contrat de garantie lui-même et non l'opération garantie,

(139) Y. POULLET, *Thèse citée*, n° 214 ; M. VASSEUR, note sous Cass. comm., 20 déc., 1982, *D.*, 1983, J. 370 ; H. VAN LIER, « Les garanties dites 'à première demande' ou abstraites », *J.T.*, 1980, 345.

(140) S. VELU, SPREUTELS, « Les garanties payables à première demande », in *Les sûretés issues de la pratique, Colloque U.L.B.*, 1983, III, p. 70 ; L. SIMONT, « Les garanties indépendantes », *Rev. Banque*, 1983, p. 596 ; H. VAN LIER, art. cité, p. 354 ; Y. POULLET, *Thèse citée*, n° 198.

- soit que le garant se soit rendu complice d'une violation à l'ordre public ;
- soit que l'exécution même de son obligation viole l'ordre public.

— *La complicité du garant dans la violation de l'ordre public*

A. Prüm (141) précise que la convention sous-jacente au contrat de garantie « *n'est susceptible d'affecter la garantie que dans l'hypothèse exceptionnelle où elle s'avérerait illicite ou immorale et que le garant se serait rendu complice de la malhonnêteté commise par les contractants* ».

A. Prüm précise encore, analysant le critère de l'illicéité, que « *la sanction (l'illicéité de la garantie) suppose toutefois que le garant soit engagé avec la conscience de participer à une opération illicite ou immorale* » (142).

— *La violation directe de la garantie de l'ordre public international*

Le principe selon lequel l'illicéité doit exister dans le chef de la garantie elle-même a été affirmé à plusieurs reprises et notamment à l'occasion de l'examen d'opérations commerciales internationales.

Ainsi une banque doit exécuter sa garantie nonobstant le fait que la convention initiale viole l'ordre public interne du pays du donneur d'ordre : « *Le contrat de base peut être nul pour violation de la réglementation des changes du pays de l'exportateur, mais, précisément, l'importateur a entendu se protéger contre les aléas d'une législation qu'il ne connaît pas* » (143).

Le banquier doit s'exécuter même si la convention de base est nulle d'ordre public, car le sens même de son intervention

(141) A. PRÜM, *op. cit.*, p. 215, n° 399 ; cf. également, M. VASSEUR, « Il faudrait supposer que le banquier n'ait pas prêté allusion, au moment où il a fourni la garantie, à la contrariété grave à l'ordre public ou aux bonnes mœurs du contrat de base... » « On imagine mal un banquier donnant sa garantie en parfaite conscience du fait que le contrat de base est destiné à assurer la mise en culture du pavot » (note sous Cass. fr. 20 décembre 1982, *D.* 1983, J. 370) et Ph. SIMLER (*op. cit.*, Litec, Paris, 1991, n° 899).

(142) A. PRÜM, *op. cit.*, p. 399.

(143) J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Précis Dalloz*, éd. Paris, 1987, n° 680 ; voy. également, C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *R.P.D.B.*, tome VII, « Les garanties bancaires autonomes », p. 593.

justifie la prise en charge des risques politiques et de certains risques d'illégalité, qui sont liés à l'opération d'autrui, si du moins ces risques d'illégalité n'affectent pas son propre engagement.

La garantie bancaire prend en charge l'ensemble des risques liés à la prestation dans les limites de l'ordre public international et de la loi à laquelle elle est soumise.

Tel serait par exemple le cas si la garantie à première demande avait précisément pour but de permettre au bénéficiaire de réaliser une exportation de capitaux contraires à une législation interdisant l'exportation de devises, et non de garantir la bonne fin d'une opération commerciale (144).

En l'occurrence, le montant du crédit documentaire ne correspondait en aucune manière à l'importance du contrat commercial et la réalisation du crédit documentaire permettait dès lors une importation de capitaux contraire aux accords de Bretton Woods.

Par contre, la doctrine étrangère approuve l'impossibilité pour un garant à première demande de se prévaloir de la cause d'illicéité tirée de la contrariété de l'opération de base à la réglementation des changes alors que ce garant est un étranger et que l'illicéité du paiement de l'opération de base ne peut affecter dans ce cas le contrat de garantie (145).

C'est donc bien dans le chef de la garantie elle-même que l'illicéité doit exister pour justifier son annulation et non uniquement dans le chef de la convention qui en justifie l'existence.

Toute autre conception de l'illicéité de la garantie lui enlèverait son sens et sa fonction : la couverture de tous les risques liés à l'opération qui a justifié l'engagement du banquier (146).

(144) Cfr sur ce point, E. SCHINNERER, *Bankverträge*, Wien, p. 318, note 184 qui cite à l'appui une affaire anglaise relative au crédit documentaire, *United City Merchants Ltd, v. Royal Bank of Canada*, 18 avril 1981, 3 W.L.R., 241 [1981].

(145) Sur ce point, W. LIESEKE, *Rechtstragen der Bankgarantie*, W.M., 1968, et surtout F. LOGOZ, *op. cit.*, p. 162, reprenant un arrêt de la Cour d'appel de Vaud du 18 juillet 1987, non publié.

(146) A propos de la fonction de la garantie, *supra*, n° 10.

20. — *Ordre public et dispositions impératives
dans le commerce international*

La multiplication des garanties autonomes délivrées à l'appui d'opération commerciale nationale soulève de nouvelles difficultés.

Ici la loi applicable est bien la loi belge et les raisons invoquées dans le commerce international pour limiter à la seule exception de l'ordre public international ne sont plus présentes. Au contraire, on peut légitimement craindre que l'exécution d'une garantie bancaire nonobstant l'illicéité d'une convention ne soit une manière aisée de tourner une interdiction légale.

La jurisprudence belge récente publiée en annexe témoigne de tels cas.

Dans l'affaire jugée en référés par le président (147) du tribunal de première instance de Bruxelles (148), il s'agissait d'une garantie à première demande donnée par une banque à l'appui de l'obligation du donneur d'ordre d'user de la chose louée en bon père de famille.

Les locataires, donneurs d'ordre de la garantie, s'opposaient au paiement de celle-ci au motif que l'article 10 de la loi du 20 février 1991 qui énonce des dispositions impératives en matière de garantie locative pour les baux portant sur le logement principal, en particulier, l'interdiction de constituer des sûretés dont l'exigibilité pourrait être le seul fait du bailleur, bénéficiaire de la garantie. Le président du tribunal de Bruxelles n'accueille pas ce moyen. Il tire argument du fait que la disposition invoquée s'interprète restrictivement et que la garantie bancaire n'était pas visée, elle ne tombe pas sous le coup de la prohibition légale. Une référence à l'intention claire du législateur de protéger le locataire aurait peut être amené une autre conclusion : le paiement de la garantie bancaire suivi de la demande en remboursement de la banque auprès du donneur d'ordre n'a-t-il pas pour effet de priver ce dernier de la protection légale et au créancier de la tenir ainsi en échec ?

(147) En l'occurrence, il s'agissait du vice-président.

(148) Prés. Trib. comm. Bruxelles (référé), 19 juin 1995, inédit.

C'est précisément le raisonnement qu'a tenu dans une autre affaire le président du tribunal de commerce de Bruxelles (149) : « *Attendu toutefois que la garantie litigieuse a été émise dans le cadre des relations contractuelles de concédant et concessionnaire existant entre Fiat et La Bruyère ;*

Que la mise en œuvre de cette garantie suppose dès lors que lesdites relations contractuelles ne soient pas frappées à première vue d'une nullité d'ordre public » ;

Qu'il échet avant de statuer (150) sur l'appel en garantie, d'examiner la question de nullité soulevée ;

Qu'en décider autrement serait de nature à permettre au créancier de tenir en échec les conséquences d'une nullité d'ordre public édictée par la loi ; ... ».

L'approche d'un tel problème, il faut bien le reconnaître non aperçu par la doctrine jusqu'à présent, nécessite un détour par la distinction entre loi d'ordre public et lois impératives. Depuis deux arrêts célèbres de la Cour de cassation (151) est considérée comme d'ordre public, toute disposition « qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques fondamentales sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral d'une société déterminée » (152).

Ainsi, selon H. De Page (153), « *Pour déterminer la disposition d'ordre public, il faut chaque fois analyser l'esprit de l'institution et rechercher en quoi et par quoi elle est en rapport avec les exigences essentielles de la collectivité ou les bases fondamentales du droit privé* ». Cette appréciation peut évoluer dans un même pays (154).

(149) Prés. Trib. comm. Bruxelles, *T.C.I. Auto Service c/ Fiat Auto Belgio et Générale de Banque*, inédit. En l'occurrence, il s'agissait d'une contrariété potentielle au droit européen ou belge de la concurrence.

(150) Il semble que finalement la garantie n'ait pu être exécutée, eu égard à la contrariété de l'opération de base au droit de la concurrence.

(151) Cass., 9 décembre 1948, Cass., 14 janvier 1954, *R.C.J.B.*, 1956, pp. 251 et s.

(152) Cfr déjà H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., T. I, n° 91 ; A. MEEÛS, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1988, p. 510, n° 132 ; et voir not. Cass., 15 mars 1968, *Pas.*, 1968, I, 885 ; Cass., 28 septembre 1979, *Pas.*, 1980, I, 131 et Cass., 10 novembre 1978, *Pas.*, 1979, I, 309, Cass., 10 mars 1994, *R.G.*, n° 9669).

(153) H. DE PAGE, *op. cit.*, eod loco.

(154) F. MOURLON-BEERNAERT, « La querelle des anciens et des modernes », *D.A.O.R.*, 1994, n° 32 ; F. RIGAUX, *Droit international privé*, Précis, Larcier, Bruxelles, p. 342, n° 500, etc...

La distinction entre dispositions d'ordre public et impératives s'opère théoriquement facilement. Son critère est déjà présent dans les deux arrêts précédemment cités.

Est ainsi d'ordre public, « la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou qui fixe dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société » tandis qu'est impérative « celle à laquelle il est interdit de déroger, mais qui n'est pas d'ordre public, parce qu'elle ne protège que des intérêts privés » (155) même si cette protection est commandée par une conception de l'intérêt général.

Certes, *in concreto*, la classification n'est pas aisée. P. Van Ommeslaghe propose un critère : « Il faut vérifier si les textes en cause sont destinés à réglementer les relations individuelles qui résultent d'un contrat ou au contraire, si elles s'insèrent dans une politique économique ou sociale intéressant la généralité des citoyens ou certaines catégories d'entre eux, ou encore, selon l'expression de certains, une 'classe sociale tout entière' » (156).

L'article 10 de la loi du 20 février 1991 à propos des garanties locatives correspond certainement à cette catégorie. Il vise clairement au nom de l'intérêt général à protéger le locataire dans sa relation avec le bailleur. Peut-on imaginer qu'une garantie écarte cette protection ? Certes non ! Mais le paiement par le garant au bailleur n'a en soi rien d'illicite à condition que ce paiement ne prive pas le locataire de sa protection. On peut donc imaginer que le banquier couvre en toute hypothèse le risque de non-existence de la créance du bailleur vis-à-vis du locataire et sur base de cet engagement verse la somme due au bénéficiaire.

Le paiement par le banquier ne lui ouvrira cependant aucun droit au remboursement vis-à-vis du donneur d'ordre que dans la mesure où finalement, à l'issue du litige avec le donneur d'ordre, il apparaît qu'une somme est due par ce dernier (157).

(155) A propos des deux arrêts de cassation cités *supra*, A. MEERS, note précitée.

(156) P. VAN OMMEFLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1984, pp. 95-96. Comp. X. DIEUX, *Le contrat : instrument et objet de dirigisme ?*, p. 283.

(157) Si la somme payée par le banquier au titre de la garantie apparaissait supérieure à celle due par le donneur d'ordre, le banquier pourra en outre se retourner contre le bailleur pour enrichissement sans cause.

En d'autres termes, le banquier en émettant une garantie autonome permet certes au bénéficiaire d'obtenir un avantage que la loi ne lui permettait pas d'obtenir du locataire mais qu'un tiers, en l'occurrence, le banquier peut consciemment (158) lui offrir en supportant le risque de bonne fin du litige entre son client et le bénéficiaire de la garantie.

Un autre exemple pourrait être tiré d'un cas soumis à la Cour de cassation et invoqué à plusieurs reprises par les participants au colloque, même s'il faut le reconnaître la question n'a pas été directement abordée par la jurisprudence citée. Dans l'affaire jugée par le tribunal de commerce de Namur, et ensuite par la cour d'appel de Liège (159), une garantie autonome avait été émise à propos d'un engagement de rachat d'actions par un associé vis-à-vis d'un autre associé en cas de retrait de ce dernier. Un tel engagement pouvait apparaître comme en contradiction avec l'article 1855 du Code civil qui prescrit les clauses léonines dans les contrats de société. A supposer — la Cour de cassation en décidera — qu'un tel engagement de rachat soit nul pour contrariété à cette disposition, la garantie est-elle pour autant nulle ?

Le même raisonnement que celui suivi pour les garanties locatives justifierait une réponse négative. La disposition de l'article 1855 du Code civil protège, c'est clair, un associé vis-à-vis d'un autre associé. Elle n'interdit en aucune manière un associé de se prémunir auprès d'un tiers des risques de dévaluation de son action (160). En d'autres termes, si une banque garante désire couvrir l'associé de l'existence de ce risque et le fait, comme le note incidemment le tribunal de commerce de

(158) Il peut difficilement être plaidé par un banquier dont il est reconnu qu'il pratique habituellement ce type d'opération, qu'il n'était pas au courant des risques qu'il prenait, eu égard à l'existence d'une loi dont il ne pouvait ignorer l'existence.

(159) Trib. comm. Namur, 12 septembre 1994, *R.D. Comm.*, 1995, p. 67 ; Liège, ...

(160) Ce principe a été clairement affirmé par la cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire S.N.I. c/Carlam (3 décembre 1986, *R.P.S.*, 1987, p. 52) : « que la jurisprudence invoquée par elle à l'appui de ce soutènement est étrangère à la présente espèce et concerne l'hypothèse où une garantie contre toute perte est donnée solidairement par un associé et par un tiers, cas dans lequel — ce qui est exact — la nullité est propre à l'associé et constitue une « exception purement personnelle » laquelle ne profite qu'à celui des codébiteurs solidaires qui peut l'invoquer » (Bruxelles, 3 décembre 1986, *R.P.S.*, 1987, p. 52).

Ainsi, il est parfaitement permis aux associés de se faire assurer par un tiers de tout risque de perte dans la société (voy. C. Wirtz, « Spécificité et validité des opérations de partage de titres de sociétés », note sous Trib. gr. inst. Lille, 8 octobre 1986, *Rev. soc.*, 1987, p. 611).

Namur (161), en connaissance de cause, un tel engagement est valable. L'illicéité prétendue voire même réelle de l'engagement de l'associé de racheter les actions à la base du contrat de garantie ne s'étend pas au contrat de garantie. La banque garante devra payer donc la somme dans la mesure où elle a explicitement souscrit à ce risque. Son recours contre le débiteur associé se heurtera, par contre, à l'objection de la loi qui entend protéger ce dernier contre des engagements léonins.

La couverture du risque d'illicéité d'une opération commerciale est possible, au-delà de la fonction normale de la garantie, dans la mesure où le bénéficiaire ne puisse par ce biais obtenir un avantage illicite. Tel n'est pas le cas, si l'illicéité est la résultante d'une disposition impérative qui a pour but de protéger l'intérêt du donneur d'ordre de la garantie. Il va de soi que dans un tel cas, le garant prend sur lui un tel risque et opère comme une sorte d'assureur (162).

En matière de nullités d'ordre public, les mêmes possibilités de couverture apparaissent impossibles, puisqu'il s'agirait là de procurer au bénéficiaire un avantage illicite.

Le garant peut donc s'opposer au paiement, s'il découvre l'illicéité de l'opération de base (163), et le donneur d'ordre peut, devant la juridiction des référés, à condition notamment (164) que le caractère illicite puisse être démontré rapidement, s'opposer au paiement de la garantie.

21. — *En guise de conclusion*

L'autonomie des garanties à première demande n'est point un dogme. Elle découle naturellement de l'équilibre que les parties, le donneur d'ordre, le bénéficiaire et le garant ont mis en place à travers un mécanisme tripartite. Chacun connaît les

(161) « Le banquier ne peut refuser d'exécuter sa garantie en se fondant sur un motif de nullité dont il devait connaître l'existence dès l'origine » (Trib. comm. Namur, 12 sept. 1994. *R.D.Comm.*, 1995, p. 67).

(162) A propos de telles garanties, on se référera aux réflexions de l'auteur publiées in « La garantie : un acte unilatéral abstrait ? », *Mélanges J. PARDON*, AEDBF, Bruylant, Bruxelles, pp. 438-439.

(163) ... ce qui, comme le faisait remarquer le rapporteur de synthèse n'est pas toujours évident étant donné le nombre d'opérations garanties et de dispositions d'ordre public susceptibles d'être invoquées.

(164) D'autres conditions existent. Elles seront développées par l'exposé de M^{me} HOUSSA, *infra*, p. 210.

risques liés à ce type d'opération tripartite. En particulier, le banquier et le donneur d'ordre savent qu'ils ne peuvent remettre en cause la position privilégiée conférée au bénéficiaire par la garantie, celle d'obtenir sur le champ la couverture financière d'une prétendue défaillance dans l'exécution des prestations ou d'opérer par l'appel une pression pour l'obtention de la poursuite de cette exécution.

Le droit conféré au bénéficiaire n'est cependant pas discrétionnaire. C'est le mérite des juges d'avoir, à la lumière des faits et des circonstances de l'appel à la garantie, rappelé que le droit né de la garantie à première demande, comme tout droit de créance se voyait imposer certaines limites. Ces limites se déduisent de la fonction même du contrat qui fait naître le droit de créance. Il ne peut être question d'abuser de son droit, c'est-à-dire d'excéder manifestement les prérogatives légitimes de son exercice. C'est à juste titre que la jurisprudence a rappelé ce principe général, nonobstant les assertions parfois dogmatiques de certaines doctrines incapables de rendre compte du pourquoi et des limites de l'abstraction de la garantie à première demande.

Le problème des répercussions de l'illicéité de l'opération de base sur l'obligation du garant suscite, nous l'avons vu, des débats nouveaux. Il importe certes que la garantie ne puisse être un moyen détourné de permettre au bénéficiaire d'obtenir l'avantage au moins financier d'une opération illicite, mais rien n'interdit à ce dernier de trouver par la garantie à première demande, l'assurance contre un risque de nullité dont le but est la protection du donneur d'ordre.

Préciser toujours mieux le « sens et la fonction » de la garantie autonome, ou plutôt des multiples formes de garanties autonomes, tant du point de vue de l'opération qu'elle couvre (garantie de soumission, de paiements multiples, de restitution d'acomptes, ...), que des libellés qu'elle peut revêtir (garantie sur demande justifiée, garantie glissante, ...) n'est-ce pas là la meilleure manière d'en démontrer la légitimité.